

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

ARNOLDO PANCHENIAK FILHO

**A PRESCRIÇÃO E SUA PRONÚNCIA DE OFÍCIO:
REFLEXOS DA LEI Nº 11.280/06 PARA O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO CIVIL**

CURITIBA
2010

ARNOLDO PANCHENIAK FILHO

**A PRESCRIÇÃO E SUA PRONÚNCIA DE OFÍCIO:
REFLEXOS DA LEI Nº 11.280/06 PARA O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO CIVIL**

Monografia apresentada ao Núcleo de Monografia, Pesquisa e Extensão, como requisito parcial à conclusão do Curso de Bacharelado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Curso de Direito
Direito Civil e Processual Civil
Curitiba
2010

ARNOLDO PANCHENIAK FILHO

**A PRESCRIÇÃO E SUA PRONÚNCIA DE OFÍCIO:
REFLEXOS DA LEI Nº 11.280/06 PARA O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO CIVIL**

Monografia de conclusão de curso aprovada
como requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito no Curso de Direito, Setor
de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do
Paraná, pela seguinte banca examinadora:

ORIENTADOR: _____
Professor Manoel Caetano Ferreira Filho

Professor Eroulths Cortiano Júnior

Professor Clayton de Albuquerque Maranhão

Curitiba, outubro de 2010

*Dedico este trabalho a Jesus Cristo,
Caminho, Verdade e Vida.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, Pai Misericordioso, por estender sobre mim seu manto sagrado, protegendo-me contra todo o mal que tenta roubar minha paz. Agradeço por minha família, pai, mãe e irmão, sem os quais nada disso seria possível, bem como pela força que permitiu a realização do sonho da conclusão de um curso superior.

Agradeço ao meu pai, Arnoldo, exemplo de honestidade e força, por interceder por mim junto a Deus nosso Senhor.

Agradeço a minha mãe, Maria Helena, força nos momentos de dificuldade, exemplo de honestidade e perseverança, por todo o amor e proteção despendidos ao longo desses anos, sem os quais nada poderia ter realizado.

Agradeço a meu irmão, Isaías, por toda a ajuda concedida.

Agradeço a todas as pessoas que me auxiliaram na concretização desse sonho, as quais não poderei nominar nessa pequena folha de papel sem cometer injustiças.

Obrigado por tudo.

RESUMO

No intuito de contribuir para a aceleração da resolução das demandas judiciais, o Congresso Nacional editou a Lei nº 11.280/06 que, revogando o artigo 194 do Código Civil e alterando a redação do artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil, permitiu ao magistrado pronunciar de ofício a prescrição consumada em favor do devedor, mesmo antes da citação do requerido. Entretanto, a reforma manteve incólumes as demais regras sobre a prescrição previstas no texto do Código Civil, como a possibilidade de renúncia, expressa ou tácita, por parte do devedor e as hipóteses de impedimento, suspensão e interrupção da prescrição. Nessa nova sistemática implanta, constata-se uma aparente contradição entre o disposto nos artigos 219, § 5º, do Código de Processo Civil, e 191, do Código Civil, posto que, se por um lado o legislador determina ao magistrado que pronuncie de ofício a prescrição, permite ao devedor renunciar, expressa ou tacitamente, essa exceção de acordo com os seus interesses e na oportunidade que lhe aprouver. No presente trabalho, investigaremos o impacto das inovações promovidas pela Lei nº 11.280/06 no sistema prescricional consagrado pelo direito material, bem como as consequências para o direito processual, visando propor uma forma de compatibilizar o dever de o julgador pronunciar a prescrição com o direito do devedor de renunciar essa defesa.

Palavras-chave: prescrição – exceção de direito material – caráter disponível – pronúncia de ofício – direito de renúncia – Lei nº 11.280/06

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
1. DA PRESCRIÇÃO.....	03
1.1. O TEMPO E SUA RELEVÂNCIA PARA O DIREITO.....	03
1.2. CONCEITO DE PRESCRIÇÃO.....	04
1.2.1. PRESCRIÇÃO COMO EXTINÇÃO DA AÇÃO.....	05
1.2.2. PRESCRIÇÃO COMO EXTINÇÃO DA PRETENSÃO.....	07
1.2.3. PRESCRIÇÃO COMO EXCEÇÃO DE DIREITO MATERIAL.....	10
1.3. FUNDAMENTO JURÍDICO DA PRESCRIÇÃO.....	11
1.4. DISTINÇÕES ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA.....	13
2. REGULAMENTAÇÃO DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO NA LEGISLAÇÃO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL.....	16
2.1. DISCIPLINA ANTERIOR À LEI Nº 11.280/2006.....	16
2.1.1. O CÓDIGO CIVIL DE 1916 E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973.....	16
2.1.2. O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973.....	19
2.2. DISCIPLINA POSTERIOR À LEI Nº 11.280/06.....	20
3. PRESCRIÇÃO E O SISTEMA DEFINIDO PELO DIREITO MATERIAL.....	23
3.1. DIREITO SUBJETIVO E EXIGIBILIDADE.....	23
3.2. PRETENSÃO E AÇÃO.....	28
3.3. EXCEÇÃO.....	34
3.4. RENÚNCIA DA PRESCRIÇÃO.....	37
3.5. CAUSAS DE IMPEDIMENTO, SUSPENSÃO E INTERRUPÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL.....	39
4. EFEITOS DA REFORMA NO SISTEMA CLÁSSICO DA PRESCRIÇÃO.....	44
4.1. NATUREZA DA PRESCRIÇÃO.....	44
4.2. A REFORMA E O CONTRADITÓRIO.....	46
4.2.1. INTERESSES DO DEVEDOR.....	48
4.2.2. INTERESSES DO CREDOR.....	51
4.3. MOMENTO PARA A DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO.....	52
4.4. COMPATIBILIZAÇÃO DOS ARTIGOS 219, § 5º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E 191 DO CÓDIGO CIVIL.....	55
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59
1. LIVROS E ARTIGOS.....	59
2. DOCUMENTOS ELETRÔNICOS.....	62

INTRODUÇÃO.

Tradicionalmente, a prescrição sempre foi considerada uma exceção de direito material à disposição do devedor contra a pretensão do credor, caracterizada como uma faculdade (poder) a ser exercida de acordo com a sua conveniência e na oportunidade que lhe aprouver.

Clássica é a noção proposta por Pontes de Miranda, para quem a prescrição não nega a existência, nem a validade, nem elimina a pretensão, mas apenas lhe encobre a eficácia, impedindo que produza os respectivos efeitos contra o devedor. Para o saudoso tratadista, além de depender da existência e subsistência da pretensão, a prescrição também precisaria ser alegada pelo devedor, em juízo ou fora dele, para encobrir a eficácia da pretensão do credor, de modo que não caberia ao julgador conhecê-la de ofício.

A reforma processual realizada pela Lei nº 11.280/06, no intuito de contribuir para a aceleração da resolução das demandas judiciais, revogou o artigo 194 do Código Civil e alterou a redação do artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil, permitindo ao magistrado declarar a prescrição independentemente da provocação do interessado, até mesmo antes da citação do réu. Evitar-se-ia assim a continuação de causas em que a pretensão do credor já está prescrita e, portanto, não é mais exigível.

Contudo, a reforma manteve incólumes as demais regras sobre a prescrição previstas no bojo do Código Civil, como a possibilidade de renúncia, expressa ou tácita, por parte do devedor (art. 191), as hipóteses de impedimento, suspensão e interrupção da prescrição (arts. 197 a 201), a impossibilidade de alteração dos prazos por convenção das partes (art. 192), bem como os prazos em espécie (art. 206).

Neste contexto, denuncia a doutrina uma aparente contradição entre o disposto nos artigos 219, § 5º, do Código de Processo Civil, e 191, do Código Civil, pois ao mesmo tempo em que o legislador determina ao magistrado que declare a prescrição de ofício, antes mesmo da citação do réu, permite ao devedor renunciar a essa exceção, expressa ou tacitamente, de acordo com os seus interesses.

Deste modo, ao invés de contribuir para a pacificação de conflitos, a declaração sumária da prescrição poderia acarretar a violação dos interesses das partes envolvidas. Para o devedor, implicaria no reconhecimento de uma obrigação e em uma exoneração que podem não corresponder com os seus desígnios éticos e jurídicos, uma vez que pode preferir quitar a dívida, ou mesmo buscar a declaração da inexistência, da invalidade ou extinção do débito pelo pagamento. Para o credor, impediria que demonstrasse a ocorrência de fatos impeditivos,

suspensivos e interruptivos da prescrição, aptos a postergar o fim do prazo para a exigência da prestação.

Ademais, as inovações promovidas pela referida lei também provocaram divergências doutrinárias acerca da própria natureza da prescrição, instituto que até então era considerado uma exceção substancial à disposição do devedor, mas que para alguns doutrinadores, após a reforma, teria se transmutado em matéria de ordem pública.

No trabalho proposto investigaremos o impacto das inovações promovidas pela Lei nº 11.280/06 no sistema prescricional consagrado pelo direito material, bem como as consequências para o direito processual, buscando encontrar uma forma de compatibilizar o dever de o magistrado declarar a prescrição com o direito do devedor de renunciar essa defesa, caso assim deseje.

1. DA PRESCRIÇÃO.

1.1. O TEMPO E SUA RELEVÂNCIA PARA O DIREITO.

O decurso do tempo tem grande importância nas relações jurídicas pela influência que pode ter na constituição, exercício e extinção de direitos. Em regra, até os dezesseis anos o sujeito ainda é absolutamente incapaz; ao completar dezoito anos adquire a capacidade plena¹; e a partir dos sessenta anos recebe prioridade na efetivação dos seus direitos fundamentais e de personalidade (Lei nº 10.741 – Estatuto do Idoso).

Na esfera penal, a pessoa com menos de dezoito anos é considerada inimputável², ficando sujeita a aplicação de normas especiais no caso da verificação de prática de ato infracional³. Na aplicação da pena, se o agente for menor de vinte e um anos, na data do fato, ou maior de setenta anos, na data da sentença, a idade funciona como circunstância atenuante⁴.

Quanto aos direitos políticos, podem ser eleitores todas as pessoas maiores de dezesseis anos, mas apenas os maiores de dezoito anos podem ser vereadores; apenas os maiores de vinte e um anos podem ser prefeitos, deputados federais ou estaduais; apenas os maiores de trinta anos podem ser governadores; e somente os maiores de trinta e cinco anos podem ser eleitos para o cargo de senador e presidente da República⁵.

A influência do tempo nas relações jurídicas também é marcante no direito privado, em especial na usucapião, na prescrição e na decadência. Pela usucapião, a pessoa que, com ânimo de dono, exerce a posse continuada durante certo lapso de tempo, com os requisitos estabelecidos em lei⁶, adquire a prerrogativa de incorporar o direito ao seu patrimônio⁷. Pela prescrição, o titular de um direito exigível, que deixa de exercer sua pretensão em face do devedor no prazo fixado em lei, perde a possibilidade de utilizá-la. E pela decadência, a inércia do titular do direito potestativo no período fixado em lei para o seu exercício, acarreta a perda deste direito⁸.

Características comuns aos institutos, como o decurso do tempo e a eliminação da incerteza dos direitos, levaram parte da doutrina a tentar desenvolver uma teoria geral da

¹ Código Civil, arts. 3º e 4º.

² Código Penal, art. 27; Constituição Federal, art. 228; e Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 104.

³ Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 107.

⁴ Código Penal, art. 65, I.

⁵ Constituição Federal, art. 14.

⁶ O Código Civil regula as modalidades de usucapião da propriedade imóvel nos artigos 1.238 a 1.244, e da propriedade móvel, nos artigos 1.260 a 1.262.

⁷ GOMES, Orlando. *Direito Reais*, p. 186.

⁸ A prescrição é disciplinada no Código Civil dos artigos 189 a 206, e a decadência, dos artigos 207 a 211.

prescrição, qualificando a usucapião como “*prescrição aquisitiva*”, e a prescrição propriamente dita como “*extintiva ou liberatória*”. Contudo, tal tentativa é fortemente criticada devido às substanciais diferenças entre os institutos. Nesse sentido LEAL:

Estamos com os dualistas, porque nos repugna admitir a unidade conceitual das prescrições aquisitiva e extintiva, quando nelas deparamos uma tríplice diversidade de objeto, condições e efeitos. É assim que a prescrição extintiva ou liberatória tem por objeto as ações, estendendo-se, por isso, a sua aplicação a todos os departamentos do direito civil e comercial; tem, como condições elementares, a inércia e o tempo; e é seu efeito extinguir ações. Ao passo que a prescrição aquisitiva, ou usucapião, tem por objeto a propriedade, circunscrevendo-se ao direito das coisas, na esfera restritamente civil, sem projeção ao comercial; tem, como condições elementares, a posse e o tempo, acompanhadas de justo título e boa-fé, quando ordinária; e é seu efeito a aquisição do domínio. Essa tríplice diversidade determina uma diferença substancial entre as duas prescrições, impedindo sua unidade conceitual, bastando, para caracterização de sua dualidade, a necessidade que sentiu a doutrina de dar-lhes, a fim de individualizá-las, dois qualificativos antônimos, a uma denominando extintiva e, a outra, aquisitiva⁹.

A diversidade de objeto, requisitos, efeitos e campo de aplicação, juntamente com a necessidade de um tratamento sistemático das matérias do direito civil, reclama a disciplina dos dois institutos em setores específicos: a usucapião, no direito das coisas, uma vez que sua finalidade é a aquisição de direitos reais; e a prescrição, na parte geral, pois tem aplicação em todos os departamentos do direito civil, espraiando seus efeitos por outros ramos do direito, como o tributário, o administrativo, o trabalhista etc.

1.2. CONCEITO DE PRESCRIÇÃO.

O termo prescrição provém do vocábulo latino *praescriptio*, derivado do verbo *praescribere*, formado de *prae* e *scribere*, com a significação de escrever antes ou no começo¹⁰.

Segundo LEAL¹¹, o conceito etimológico da expressão nos é explicado pela história do direito romano. Quando o pretor foi investido do poder de criar ações não previstas pelo direito honorário, o que ocorreu com a *Lex Aebutia* no ano de 520 de Roma, introduziu o uso de fixar um prazo para a sua duração, dando origem às chamadas ações temporárias, que se contrapunham às ações perpétuas do direito quiritário.

Estabelecendo que a ação era temporária, fazia o pretor precedê-la de uma parte introdutória, que por ser escrita antes ou no começo da fórmula, recebia o nome de

⁹ LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*, p. 20-21.

¹⁰ LEAL, A. L. da C. Obra citada, p. 17.

¹¹ LEAL, A. L. da C. Idem, p. 18.

praescriptio. Por uma evolução conceitual, passou o termo a significar extensivamente a matéria contida nessa parte preliminar da fórmula.

Não obstante a secular origem do termo, não é encontrada entre os juristas uma definição de prescrição apta a dissipar toda a controvérsia em torno do instituto. As noções de limitação do exercício de direitos, de transcurso do tempo e de inércia do titular são encontradas na quase totalidade dos conceitos propostos, todavia, o objeto da prescrição não é definido de forma pacífica pela doutrina. Para alguns, consistiria na extinção da ação decorrente de um direito violado; para outros, é apresentado como a extinção da pretensão; existindo aqueles ainda, que o definem como o surgimento de uma exceção de direito material à disposição do devedor para recusar-se a atender a pretensão do titular do direito.

1.2.1. Prescrição como extinção da ação.

Clóvis Beviláqua, um dos principais autores do Código Civil de 1916, definia a prescrição como “*a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não-uso delas, durante um determinado espaço de tempo*”¹². Tal definição apoiava-se na concepção de que a todo direito corresponderia uma ação, consagrada no artigo 75 do Código Civil¹³.

Como se observa, era decisiva a influência da teoria civilista, ou imamentista, da ação, que prevaleceu até meados do século XIX, e tinha como um dos seus maiores expoentes Friedrich C. Savigny. Partindo de definições romanistas como a de Celso, para quem a “ação nada mais é do que o direito de alguém perseguir em juízo o que é seu”, não vislumbravam os partidários dessa corrente a possibilidade de se distinguir a ação do direito material que o litigante pretendia ser reconhecido em juízo. Esclarece MARINONI:

Nessa época, alguns doutrinadores viam a ação como uma face do direito material ou como o direito material violado em estado de reação, e outros a explicavam como um direito novo, derivado da violação do direito material, tendo por conteúdo uma obrigação do adversário de fazê-la cessar. Esse “direito novo” era concebido como um direito que, nascendo da violação do direito material, deveria ser exercido contra o violador, e assim estava muito longe de constituir um direito autônomo em relação ao direito material. Por isso, a conformação desse “direito novo”, uma vez que tinha por conteúdo uma obrigação do sujeito passivo do direito material, foi acusada de ser uma inútil duplicação do próprio conceito de direito¹⁴.

¹² BEVILÁQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*, p. 370.

¹³ CC/16; Art. 75: “A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”.

¹⁴ MARINONI, Luis Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria geral do processo*, vol. 1, p. 158.

Desta forma, o prazo prescricional somente começaria a fluir com o nascimento da ação (*actio nata*), isto é, com a violação do direito e, uma vez verificada, acarretaria a impossibilidade do exercício do direito de ação.

Entretanto, o conceito de ação acabou sendo reelaborado após a célebre polêmica travada entre os romanistas Bernhard Windscheid e Theodor Muther no século XIX. Defendeu Windscheid que a *actio* romana não correspondia à ação processual, nem ao direito subjetivo, do qual seria simples emanção que confere ao credor a possibilidade de exigir a sua realização, mas ao que modernamente se define como pretensão de direito material, bem como que a *actio* não era um meio de defesa, ou um novo direito que surgia em razão da violação, mas o próprio direito.

No que tange aos direitos reais, Windscheid realizou um ajuste em relação à premissa que defendia, sustentando que a *actio* não correspondia ao direito real, pois aquela é expressão de direito de crédito, pressupondo um obrigado determinado. Concluiu que a *actio* não nascia da ofensa, uma vez que a violação da propriedade, p. ex., faria surgir um direito obrigacional, cujo descumprimento originaria a ação¹⁵. Assim, se alguém exige de outrem que lhe reconheça como proprietário, está exigindo algo e, na medida em que a ordem jurídica lhe concede a tutela para obter o que se pede, estaria lhe atribuindo a *actio*¹⁶.

Diversamente de Windscheid, que defendia que a ordenação romana era uma ordenação de pretensões que podem ser perseguidas judicialmente, Muther argumentava que a ordenação romana era, na verdade, de direitos, pois aquele que pedia a fórmula ao pretor também deveria ter um direito subjetivo, o qual, de acordo com sua tese, seria o próprio fundamento do direito à fórmula¹⁷.

Muther sustentava, assim, a idéia de um agir contra o Estado, bem como que a própria *actio* seria um direito do autor para que o pretor lhe outorgasse a fórmula (tutela jurídica), o qual nasceria de um “direito originário”. O obrigado desse “direito originário” seria o particular, enquanto que o obrigado do direito à fórmula seria o pretor. Portanto, existiriam dois direitos, o direito material e o direito de agir contra o Estado, o qual permitiria a este exercer contra o réu a coação necessária para obter a satisfação do direito do autor.

¹⁵ MARINONI, L. G. Obra citada, p. 160.

¹⁶ “A primitiva tese de Windscheid, no sentido de que a ação é o exercício da pretensão de direito material perante o juiz, ainda que possa separar a pretensão do direito subjetivo material, mantém a ação totalmente presa ao plano do direito material, identificando-o como uma ação de direito material, e não como uma ação processual”. (MARINONI, L. G. Idem, p. 174).

¹⁷ MARINONI, L. G. Idem, p. 175.

Vede que apesar de diferenciar o direito de agir do direito material, Muther vinculava aquele à realização deste¹⁸.

Apesar de replicar com veemência as críticas realizadas por Muther, aceitou Windscheid algumas das conclusões do adversário, admitindo a existência de uma ação processual, dirigida contra o Estado (“direito à tutela jurídica”), ao lado da pretensão de direito material, dirigida contra o devedor.

A grande contribuição da polêmica foi demonstrar a separação entre os planos do direito material e do direito processual, ou seja, que direito lesado e ação são realidades diferentes, e não duas faces de uma mesma moeda.

A partir dessa nova visão do direito de ação foram desenvolvidas várias teorias¹⁹, que acabaram por afastar em definitivo a concepção que vinculava a ação processual ao direito material. Modernamente o direito de ação é visto como um direito autônomo e abstrato:

A autonomia do direito de ação consiste em ser ele outro direito, distinto do direito material disputado entre os litigantes; e sua abstração se dá pelo fato de poder existir independentemente da própria existência do direito material controvertido²⁰.

A noção de prescrição da ação cedeu lugar à noção de prescrição da pretensão, ou seja, de que a prescrição atinge diretamente a exigibilidade do direito material e, somente por via reflexa, a ação de direito processual.

1.2.2. Prescrição como extinção da pretensão.

Dispõe o artigo 189 do Código Civil de 2002 que “*violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os artigos 205 e 206*”²¹. Como se observa, abandonou o legislador a influência da teoria civilista da ação, fixando como objeto da prescrição a pretensão de direito material. Miguel Reale, supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil de 2002, esclareceu na exposição de motivos da novel legislação civil:

¹⁸ MARINONI, L. G. Idem, ibidem.

¹⁹ A título de exemplo citar: a teoria do agir abstrato, defendida por Plósz e Degenkolb; a teoria do direito concreto à tutela jurídica, desenvolvida por Wach; a teoria da ação como direito de petição de Couture; e a teoria eclética de Liebman.

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. 1, p. 64.

²¹ Comentando o citado artigo, conceitua NERY JUNIOR a prescrição como “*causa extintiva da pretensão de direito material pelo seu não exercício no prazo estipulado pela lei*”. E ressalta: “*O texto da lei é claro ao dar como objeto da prescrição a pretensão de direito material e não a ação, de modo que a classificação e a conceituação de prescrição e decadência apresentadas por Câmara Leal, restaram superadas pelo direito positivo vigente*”. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*, p. 356).

A propósito da prescrição, há um problema terminológico digno de especial ressaltado. Trata-se de saber se prescreve a ação ou a pretensão. Após amadurecidos estudos, preferiu-se a segunda solução, por ser considerada mais condizente com o Direito Processual contemporâneo, que de há muito superou a teoria da ação como simples projeção de direitos subjetivos.

Como exposto supra, ao analisar o conceito da *actio* no direito romano, concluiu Windscheid que o vocábulo correspondia ao que modernamente se denomina como pretensão, conceito ligado à exigibilidade do direito material. Para o pandectista, a pretensão enquadrar-se-ia como posição de direito de material, e não processual, consistindo na *“faculdade de realizar a própria vontade através de uma perseguição em juízo”*²².

No Brasil, prevalece a noção de pretensão como um poder, ou possibilidade, de se exigir uma prestação sonogada pelo devedor. No dizer de PONTES DE MIRANDA, a pretensão é *“a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa”*²³. A pretensão se situa no campo do direito material, atribuindo ao credor a faculdade de exigir a satisfação do direito, contudo, nessa esfera, a pretensão representa tão somente uma pressão psicológica sobre o devedor a fim de que o mesmo cumpra a obrigação. Fica o credor, portanto, na dependência de uma conduta voluntária do obrigado.

Se o credor exige do devedor a satisfação da prestação, e esta se torna infrutífera, surge a ação de direito material que *“é o agir – não mais o simples exigir – por meio do qual o titular do direito realizá-lo-a por seus próprios meios, ou seja, independentemente da vontade ou de qualquer conduta positiva ou negativa do obrigado”*²⁴.

Elucida-nos SILVA:

A distinção entre pretensão e ação de direito material está em que a pretensão – enquanto exigência – supõe que a realização ainda se dê como resultado de um agir do próprio obrigado, prestando, satisfazendo a obrigação. Enquanto exijo, em exercício de pretensão, espero o cumprimento, mediante ato voluntário do obrigado, ainda não ajo para a satisfação, com prescindência de qualquer ato de cumprimento por parte do sujeito passivo. A partir do momento em que o devedor, premido por minha exigência, mesmo assim não cumpre a obrigação, nasce-me a ação. Já agora posso agir para a satisfação, sem contar mais com a ação voluntária do obrigado cumprindo a obrigação. A ação de direito material é, pois, o exercício do próprio direito por ato de seu titular, independentemente de qualquer atividade voluntária do obrigado²⁵.

²² *“Así como la actio no es el derecho a la tutela de otro derecho, nascido de la lesión de éste, tampoco es la facultad de requerir tutela para el derecho en caso de lesión. La ‘actio’ es la facultad de imponer la propia voluntad mediante la persecución judicial”* (WINDSCHEID, Bernhard. *La actio del derecho civil romano desde el punto de vista del derecho actual. Polemica sobre la actio*, p. 7. Apud: MARINONI, Luiz Guilherme. Obra citada, p. 160).

²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*, t. I, p. 52.

²⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*, vol. 1, p. 80.

²⁵ SILVA, O. A. B. Obra citada, p. 81-82.

Com a proibição da autotutela, não permite a lei que o credor aja forçadamente para que seu direito seja satisfeito. Desta forma, uma vez verificado o monopólio da jurisdição, passou a ação de direito material a ser exercida pelo próprio Estado, restando ao credor recorrer às vias judiciais para, certificado o direito, receber seu crédito.

Deve o credor exercer a pretensão à tutela jurídica, poder garantido a todas as pessoas tenham ou não algum direito, para conseguir a prestação de um provimento jurisdicional. Este agir para obter a tutela jurídica é o que se considera como ação processual, razão pela qual, grande parte dos processualistas rejeita o conceito de ação de direito material, argumentando, para tanto, que tal noção teria sido substituída pela ação processual²⁶. Esta constatação é, todavia, rebatida pelos defensores da ação de direito material:

A realização coativa do direito, com absoluta prescindência da vontade ou colaboração do obrigado, que se consegue através da jurisdição, é rigorosamente a mesma *ação de direito material*, ou seja, o mesmo *agir para a realização* inerente a todo o direito, com a única diferença que, proibida a autotutela privada, a efetivação do direito se dá através da *ação* dos órgãos estatais. Portanto, longe de haver supressão, ou substituição, da *ação de direito material*, o que em verdade ocorreu foi uma duplicação de ações: uma dirigida contra o obrigado, outra endereçada contra o Estado, para que este, uma vez “certificada a existência do direito, o realize coativamente, *praticando a mesma atividade* de que fora impedido seu titular”²⁷.

Cumprе destacar ainda, que o nascimento da pretensão não ocorre necessariamente com a violação do direito, mas desde o momento em que a prestação se torna exigível, isto é, desde que se verifique a condição ou ocorra o termo. Assim, pode a prestação vir ao mundo jurídico mesmo antes da violação do direito.

Tal entendimento pode ser encontrado no Enunciado nº 14 da Primeira Jornada de Direito Civil promovida pelo Superior Tribunal de Justiça: “1. O início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo. 2. O art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer”²⁸.

²⁶ “A doutrina processual, de um modo geral, recusa-se a emprestar importância científica ao conceito de ação de direito material, quando não nega, até mesmo, existência nos sistemas jurídicos modernos, sob a alegação de que, proibida como está a autotutela privada – e, pois, o exercício da ação pelo titular do direito –, teria ela sido substituída pela “ação” processual. Segundo tal entendimento, a ação de direito material teria, em seu longo percurso histórico, sofrido uma completa inversão de sentido. Modernamente, a ação de direito material, em vez de um agir do titular do direito para a sua própria realização, ter-se-ia transformado num fazer agir, a que se resume a atividade do sujeito do direito e por meio do qual ele desencadeia a atividade jurisdicional do Estado”. (SILVA, O. A. B. Idem, p. 83).

²⁷ SILVA, O. A. B. Idem, p. 84.

²⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Obra citada, p. 356.

Seria contraproducente que, implementada a condição ou ocorrido o termo, o prazo prescricional ficasse em estado de inação até o momento em que o credor procurasse o devedor para que, com a recusa deste em satisfazer a prestação, iniciasse o prazo da prescrição. Destarte, o importante para o nascimento da pretensão, e para o início do transcurso da prescrição, é a verificação dos requisitos de exigibilidade do direito.

Portanto, caso o titular não exerça sua pretensão no período legal, invocando a tutela jurisdicional do Estado, extinguir-se-á sua possibilidade de exigir o direito, o que permitirá a consolidação de uma situação que se prolongou no tempo.

1.2.3. Prescrição como exceção de direito material.

Concluindo a análise sobre o objeto da prescrição, cabe-nos discorrer sobre a diferenciada posição defendida por Pontes de Miranda, que tratou da matéria de forma singular, a partir da formulação de uma clara separação entre os conceitos de direito, pretensão, ação e exceção.

Para o tratadista, a prescrição consistiria numa exceção substancial à disposição do devedor que, uma vez manejada, inviabilizaria a pretensão, encobrindo sua eficácia: *“A prescrição é a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação”*²⁹. E complementa:

A exceção de prescrição encobre parte da eficácia do direito, isto é, a eficácia da pretensão ou a ação, porém não todos os efeitos do direito. O direito, êsse, persiste, inclusive para a incidência do art. 970³⁰. Se o devedor satisfaz a pretensão, não há doação; nem falta de causa. Onde a irrepetibilidade por enriquecimento injustificado³¹.

Segundo essa orientação, caberia ao sujeito passivo da relação (o devedor), segundo sua conveniência, alegar ou não a exceção de prescrição, para que então o magistrado pudesse conhecer dessa questão³². A vontade do devedor é essencial para a eficácia da exceção³³.

Desta forma, quando o juiz acolhe a exceção da prescrição, não declara extinto, nem inexistente, nem inválido o direito ou a pretensão. O que acontece é que o processo

²⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. VI, p. 100.

³⁰ Dispunha o artigo 970 do Código Civil de 1916: “Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação natural”.

³¹ PONTES DE MIRANDA, F. C. Obra citada, p. 106.

³² “Do conceito de exceção é ineliminável que depende do demandado, ou devedor, exercê-la. A vontade do titular do direito de exceção é que pode cobrir a eficácia do direito, da pretensão, da ação ou da exceção de quem vai contra êle”. (PONTES DE MIRANDA, F. C. Idem, p. 11).

³³ A Lei 11.280/06 alterou esse quadro com a nova redação dada ao artigo 219, § 5º, do CPC.

restará impossibilitado de cumprir sua função ordinária, posto que a pretensão, apesar de existente, restaria desprovida de eficácia³⁴. Em outras palavras, acolhida a exceção de prescrição, e encoberta a eficácia da pretensão, perde o credor a possibilidade de, por meio da prestação jurisdicional, receber os efeitos correspondentes ao adimplemento da obrigação.

Portanto, “*o que inibe a pretensão, de tal sorte, é a exceção de prescrição e não propriamente a prescrição*”³⁵, pois em vez de utilizá-la como defesa para provocar a neutralização da pretensão exercida tardiamente pelo credor, pode o devedor renunciá-la, expressa ou tacitamente, permanecendo a obrigação hígida quanto aos seus efeitos. A princípio, a prescrição daria azo tão somente ao direito de invocá-la³⁶, pois a sua eficácia de encobrir a pretensão do autor depende do efetivo exercício por parte do demandado.

1.3. FUNDAMENTO JURÍDICO DA PRESCRIÇÃO.

Divergem os doutrinadores acerca do fundamento da prescrição. Não obstante, apesar das diferentes concepções apresentadas, podemos notar a tendência de se buscar em preocupações de ordem pública a justificativa para a existência do instituto.

Informa LEAL³⁷ ser possível identificar nos textos romanos três fundamentos principais para a prescrição: a) a necessidade de fixar as relações jurídicas incertas, evitando as controvérsias; b) o do castigo à negligência, e; c) o do interesse público³⁸.

Para os que adotam o fundamento da sanção à negligência do credor, a inércia deste tornaria presumível o seu desinteresse no exercício do direito. Conservando-se inerte, a lei privaria o titular de seu direito, negando-lhe a possibilidade de exigí-lo (*dormientibus non succurrit jus*).

A maioria dos juristas, contudo, defende a tese de que a prescrição seria um instituto destinado a garantir a segurança das relações jurídicas e a harmonia social,

³⁴ Pontes de Miranda identifica os direitos com a pretensão prescrita como “direitos mutilados”. PONTES DE MIRANDA, F. C. Obra citada, p. 415-416.

³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*, p. 48.

³⁶ Já referia PONTES DE MIRANDA: “*Concebida como exceção, como sempre o foi no direito romano, a prescrição aproveita, também, ao devedor, ainda quando ele sabia e sabe que deve. Tal proteção não é ipso iure. A exceção pode deixar de ser oposta, o que dá ao seu titular a faculdade de não na opor, – ficando bem, assim, com a sua consciência*”. (PONTES DE MIRANDA, F. C. Obra citada, p. 104).

³⁷ LEAL, A. L. da C. Obra citada, p. 28.

³⁸ Câmara Leal cita também outros fundamentos propostos pela doutrina: a) o da ação destruidora do tempo, mencionado por Coviello; b) o do castigo à negligência, indicado por Savigny; c) o da presunção de abandono ou renúncia, sugerido por M. I. Carvalho de Mendonça; d) o da presunção de extinção do direito, apontado por Colin e Capitant; e) o da proteção do devedor, enunciado por Savigny e reproduzido por Vampré e Carvalho Santos; f) o da diminuição das demandas, referido por Savigny; e g) o do interesse social, pela estabilidade das relações jurídicas, adotado pela maioria dos escritores. (LEAL, A. L. da C. Idem, *ibidem*).

funcionando como um impedimento à eternização de litígios. Para PONTES DE MIRANDA a prescrição:

Serve à segurança e paz públicas, para limite temporal à eficácia das pretensões e ações. A perda ou destruição das provas exporia os que desde muito se sentem seguros, em paz, e confiantes no mundo jurídico, a verem levantarem-se – contra o seu direito, ou contra o que têm por seu direito – pretensões ou ações ignoradas ou tidas por ilevantáveis. O fundamento da prescrição é proteger o que não é devedor e pode não mais ter prova da inexistência da dívida; e não proteger o que era devedor e confiou na inexistência da dívida, tal como juridicamente ela aparecia³⁹.

Em última análise, a segurança do comércio jurídico reclama a consolidação das situações jurídicas pelo transcurso do tempo, evitando que a instabilidade social representada pela existência de um litígio pendente paire indefinidamente sobre a comunidade⁴⁰.

Nesse sentido, a prescrição apresentar-se-ia como um instrumento para o adequado equilíbrio entre o direito de o credor exigir a satisfação do seu crédito e o direito do devedor de obter a liberação da obrigação em decorrência de uma situação perpetuada no tempo.

A preocupação com a segurança jurídica, somada a necessidade de assegurar a celeridade da prestação jurisdicional, levou o legislador infraconstitucional a atribuir ao juiz o dever de, uma vez constatada a prescrição da pretensão do autor, pronunciá-la de ofício, independentemente de qualquer manifestação do réu⁴¹. A participação ativa do magistrado contribuiria para a agilização da resolução da demanda, precipitando a extinção da ação e evitando um desgaste desnecessário do aparato estatal.

A reforma legislativa acabou alterando o regime então vigente, que tratava a prescrição como uma das exceções arguíveis pelo réu, vedando ao magistrado suprir de ofício a sua alegação, salvo quando realizada para beneficiar o absolutamente incapaz⁴².

³⁹ PONTES DE MIRANDA, F. C. Obra citada, p. 100.

⁴⁰ “Com a prescrição, limita-se o prazo para exercício da ação. Esgotado o prazo, extingue-se a ação, mas somente a ação, pois o direito correspondente continua a subsistir, se bem que em estado latente, podendo até, em alguns casos, voltar a atuar. A sobrevivência do direito violado em estado latente por si só não causa intranquilidade social. O que causa intranquilidade é a ação, isto é, a possibilidade de ser ela proposta a qualquer momento. Deste modo, não se faz necessário extinguir o direito para fazer cessar a intranquilidade – basta extinguir a ação. É por isso que se diz comumente, e com procedência, que a prescrição extingue a ação e não o direito”. (AMORIM FILHO, Agnelo. *Crítério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*, p. 735).

⁴¹ A alteração foi promovida pelo artigo 3º da Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006. A redação do §5º, do artigo 219, do Código de Processo Civil, passou a ser a seguinte: “O Juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”.

⁴² Código Civil, art. 194.

1.4. DISTINÇÕES ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA.

O Código Civil de 1916 não fazia qualquer distinção entre os prazos prescricionais e decadenciais existentes em seu texto, referindo-se tão somente à prescrição. Coube então a doutrina desenvolver um critério para diferenciar os dois institutos, os quais produzem efeitos práticos diversos.

Um dos critérios propostos distingue a prescrição da decadência a partir dos efeitos de cada instituto. Segundo essa proposta, a prescrição extingiria diretamente a pretensão (ação) e atingiria indiretamente os respectivos direitos, enquanto que a decadência extingiria diretamente o direito. Todavia, o critério é criticado por não explicar quando o prazo extintivo atinge a pretensão (ação) e quando atinge o direito, posto que, na prática, o resultado final é exatamente o mesmo.

Outro critério apresentado toma em consideração a origem da ação. Quando a ação e o direito têm origem comum, o prazo é de decadência; se for diversa a origem, se ação nasceu posteriormente, quando o direito existente veio a ser violado, trata-se de prescrição⁴³. Essa noção também recebe críticas por não oferecer orientação científica apta a demonstrar quando direito e ação coincidem.

Dentre os vários critérios desenvolvidos⁴⁴, o mais interessante parece ser o oferecido por Agnelo Amorim Filho em seu artigo intitulado “*Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*”, o qual é fundamentado na classificação das ações segundo a natureza do pronunciamento judicial pleiteado.

Após analisar a classificação dos direitos subjetivos proposta por Chiovenda⁴⁵, faz o escritor um apanhado geral dos objetivos de cada uma das espécies de ação. Com uma ação condenatória pretende o credor impor ao devedor a realização de uma determinada prestação (exercício da pretensão), de modo que os direitos potestativos jamais poderiam dar lugar a uma condenação. Com uma ação constitutiva almeja o autor obter não uma prestação,

⁴³ LEAL, A. L. da C. Obra citada, p. 320.

⁴⁴ Sugere RODRIGUES um critério baseado no interesse social: “Quando, do exame de uma hipótese, convencer-se o intérprete ser inadmissível a suspensão ou interrupção do curso do prazo, por colidir com o interesse da sociedade a manutenção em aberto daquela ameaça de ação, o prazo é de decadência. Nas outras hipóteses, é de prescrição”. (RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Parte Geral*, vol. 1, p. 330). Contudo, o critério é insuficiente para distinguir os institutos, uma vez que é exclusivamente empírico, carecendo de base científica.

⁴⁵ Classifica Chiovenda os direitos subjetivos em duas grandes categorias: os “direitos a uma prestação” e os direitos potestativos. (AMORIM FILHO, A. Obra citada, p. 728).

mas a criação de um estado jurídico, ou a modificação, ou a extinção de um estado jurídico anterior. E com a ação declaratória visa o autor conseguir uma certeza jurídica⁴⁶.

A partir dessas noções, conclui AMORIM FILHO que o prazo prescricional inicia o seu curso com a violação do direito, outorgando ao titular uma ação que reclama uma prestação do devedor. Como somente as ações condenatórias objetivam alcançar uma prestação, apenas elas estariam sujeitas à prescrição⁴⁷.

Afirma ainda, que somente os direitos potestativos⁴⁸, isto é, aqueles cujo exercício afeta a esfera jurídica de terceiros, criando para esses um estado de sujeição, podem estar subordinados a prazos de decadência, posto que o objetivo precípua do instituto é a extinção dos direitos não exercitados dentro dos prazos fixados em lei. Assim, as únicas ações cuja não propositura implicaria na decadência do direito que lhes correspondem, são as constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei⁴⁹. Do ponto de vista prático essa distinção é importante, pois enquanto os prazos prescricionais são passíveis de suspensão e interrupção, os prazos decadenciais são fatais, não se suspendem, nem se interrompem.

Quanto às ações declaratórias, como não impõem prestações, nem sujeições, nem alteram o mundo jurídico, são inconciliáveis com os institutos da prescrição e da decadência, devendo ser classificadas como ações imprescritíveis. O direito de alcançar a segurança jurídica deve perdurar enquanto durar a controvérsia sobre a relação jurídica, o que não quer dizem, todavia, que o decurso do tempo seja irrelevante para as ações declaratórias. Para ajuizar essa ação, deve o titular do direito demonstrar o interesse na obtenção de um resultado prático, ou seja, comprovar que o provimento jurisdicional lhe terá alguma utilidade.

Embora a declaratória não se destine a impor prestações nem a criar situações jurídicas novas, é claro que o litigante somente poderá usá-la se tiver condições de demonstrar a existência ou inexistência de uma relação da qual lhe resulte algum proveito efetivo. Nenhuma ação pode ser exercida apenas para deleite acadêmico. Pode acontecer, destarte, que, mesmo sendo imprescritível a ação declaratória, venha o titular do direito material a perder o interesse no seu exercício, diante da prescrição (não da declaratória), mas da pretensão que poderia surgir do direito material já extinto⁵⁰.

⁴⁶ AMORIM FILHO, A. Idem, p. 732.

⁴⁷ AMORIM FILHO, A. Idem, p. 735-736.

⁴⁸ Define AMARAL o direito potestativo como “o poder que o agente tem de influir na esfera jurídica de outrem, constituindo, modificando ou extinguindo uma situação subjetiva sem que esta possa fazer alguma coisa se não sujeitar-se”. E ressalta: “Como o direito potestativo é o dever de determinar mudanças na situação jurídica de outro sujeito, mediante ato unilateral, sem que haja dever contraposto e correspondente a esse poder, chama-se, também, direito formativo ou de formação. O lado passivo da relação jurídica limita-se a sujeitar-se ao exercício de vontade da outra parte. E não havendo dever, não há o seu descumprimento, não há lesão. Conseqüentemente, não há pretensão”. (AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*, p. 564).

⁴⁹ AMORIM FILHO, A. Idem, p. 738.

⁵⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. 1, p. 372.

Finalizando o estudo, chega AMORIM FILHO as seguintes conclusões:

1ª) Estão sujeitas a prescrição: todas as ações condenatórias e somente elas (arts. 177 e 178 do Código Civil⁵¹); 2ª) Estão sujeitas a decadência (indiretamente), isto é, em virtude da decadência do direito a que correspondem: as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei; e 3ª) São perpétuas (imprescritíveis): a) as ações constitutivas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei; e b) todas as ações declaratórias⁵².

As vantagens da utilização desse critério, que não é exclusivamente processual e nem parte de premissa processual, levaram o codificador da legislação civil de 2002, e o da codificação consumerista, a adotá-lo para diferenciar os prazos prescricionais dos decadenciais⁵³.

⁵¹ Os artigos citados se referem ao Código Civil de 1916.

⁵² AMORIM FILHO, A. Idem, p. 750.

⁵³ A prescrição e a decadência são disciplinadas no Código Civil dos artigos 189 a 211, e no Código de Defesa do Consumidor nos artigos 26 e 27.

2. REGULAMENTAÇÃO DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO NA LEGISLAÇÃO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL.

2.1. DISCIPLINA ANTERIOR À LEI Nº 11.280/2006.

2.1.1. O CÓDIGO CIVIL DE 1916 E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973.

Como ressaltado no item supra (1.4), o Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071/16) não diferenciava a prescrição da decadência, regulando os dois institutos sob o título de prescrição nos artigos 161 a 179. Devido a essa deficiência técnica da legislação, restou à jurisprudência e à doutrina estabelecer a separação entre os institutos, os quais incidem sobre situações diferentes, produzindo efeitos diversos.

AMORIM FILHO, autor do critério diferenciador mais aclamado entre os juristas, procurou em seu ensaio distinguir, dentre os prazos fixados no Código Civil de 1916, aqueles que se referiam à prescrição e aqueles que diziam respeito à decadência.

Baseando seu estudo na classificação das ações de acordo com o provimento pleiteado pelo autor da demanda, concluiu AMORIM FILHO que o artigo 177⁵⁴, que fixa os prazos gerais de prescrição, se refere apenas às ações reais e às ações pessoais. Por esta razão, como as únicas ações que comportam a divisão em reais e pessoais são as condenatórias, o citado artigo aplicar-se-ia tão somente em relação a essas ações⁵⁵.

Comentando o artigo 179, sustentou o autor que as ações constitutivas e as declaratórias não estão incluídas entre as hipóteses de prescrição previstas na norma. Isto porque as referidas ações não admitem a divisão em reais e pessoais, uma vez que se caracterizam por serem desprovidas de pretensão de direito material, ou seja, não admitem violação.

Adverte AMORIM FILHO⁵⁶ que a aplicação ao artigo 179 às ações constitutivas e às declaratórias levaria a uma série de conclusões inadequadas, como a inexistência de ações perpétuas, e à dificuldades na fixação dos prazos, pois o dispositivo prevê prazos diferentes para as ações reais e pessoais, mas não fornece elementos para a fixação de um critério de escolha.

Concluindo o raciocínio, afirma o insigne jurista que:

⁵⁴ CC/16; Artigo 177: “As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos, as reais em 10 (dez), entre presentes, e entre ausentes, em 15 (quinze), contados da data em que poderiam ter sido propostas”.

⁵⁵ AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*, p. 736.

⁵⁶ AMORIM FILHO, A. Obra citada, p. 749.

As três situações focalizadas acima conduzem, inevitavelmente, a esta conclusão: os arts. 177 e 179 não se aplicam às ações constitutivas nem às declaratórias. Segue-se daí que o art. 179 é um dispositivo completamente inerte e ineficaz – sua presença não altera, do mesmo modo que sua ausência não alteraria, o campo de incidência do Código Civil. É precisamente a conclusão a que chega Pontes de Miranda: o art. 179 nada mais é do que uma explicitação do art. 177, perfeitamente riscável da letra do Código Civil, porque está contido na generalidade conceitual do mesmo art. 177 (*Tratado de Direito Privado*, 6/285)⁵⁷.

No que tange ao artigo 178, muitas das situações previstas em seus parágrafos dizem respeito a direitos potestativos e ações constitutivas, razão pela qual estão sujeitas a prazos decadências. Dentre os existentes, podemos citar os seguintes:

Art. 178. Prescreve:

§ 1º: Em dez dias, contados do casamento, a ação do marido para anular o matrimônio contraído com a mulher já deflorada;

§ 2º: Em quinze dias, contados da tradição da coisa, a ação para haver abatimento do preço da coisa móvel, recebida com vício redibitório, ou para rescindir o contrato e reaver o preço pago, mais perdas e danos;

§ 3º: Em dois meses, contados do nascimento, se era presente o marido, a ação para este contestar a legitimidade do filho de sua mulher;

§ 4º: Em três meses:

I – a mesma ação do parágrafo anterior, se o marido se achava ausente, ou lhe ocultaram o nascimento; contado o prazo do dia de sua volta à casa conjugal, no primeiro caso, e da data do conhecimento do fato, no segundo;

II – a ação do pai, tutor, ou curador para anular o casamento do filho, pupilo, ou curatelado, contraído sem o consentimento daqueles, nem o seu suprimento pelo juiz; contado o prazo em que tiveram ciência do casamento;

§ 5º: Em seis meses:

I – a ação do cônjuge coato para anular o casamento; contado o prazo do dia em que cessou a coação;

II – a ação para anular o casamento do incapaz de consentir, promovida por este, quando se torne capaz, por seus representantes legais, ou pelos herdeiros; contado o prazo do dia em que cessou a incapacidade, no primeiro caso, do casamento, no segundo, e, no terceiro, da morte do incapaz, quando esta ocorra durante a incapacidade;

III – a ação para anular o casamento da menor de dezesseis e do menor de dezoito anos; contado o prazo do dia em que o menor fez essa idade, se a ação for por ele movida, e da data do matrimônio, quando o for por seus representantes legais (arts. 213 e 216) ou pelos parentes designados no art. 190;

IV – a ação para haver o abatimento do preço da coisa imóvel, recebida com vício redibitório, ou para rescindir o contrato comutativo, e haver o preço pago, mais perdas e danos; contado o prazo da tradição da coisa;

§ 6º: Em um ano:

I – a ação do doador para revogar a doação; contado o prazo do dia em que souber do fato, que o autoriza a revogá-la;

III – a ação do filho, para desobrigar e reivindicar os imóveis de sua propriedade, alienados ou gravados pelo pai fora dos casos expressamente legais; contado o prazo do dia em que chegar à maioridade;

IV – a ação dos herdeiros do filho, no caso do número anterior, contando-se o prazo do dia do falecimento, se o filho morreu menor, e bem assim a de seu

⁵⁷ AMORIM FILHO, A. Obra citada, p. 749-750.

representante legal, se o pai decaiu do pátrio poder, correndo o prazo da data em que houver decaído;

V – a ação de nulidade da partilha; contado o prazo da data em que a sentença da partilha passou em julgado (art. 1.805), **XI** a ação do proprietário do prédio desfalcado contra o do prédio aumentado pela avulsão, nos termos do art. 541; contado o prazo do dia em que ela ocorreu;

XI – a ação do proprietário do prédio desfalcado contra o do prédio aumentado pela avulsão, nos termos do art. 541; contado o prazo do dia em que ela ocorreu;

XII - a ação dos herdeiros do filho para prova da legitimidade da filiação; contado o prazo da data do seu falecimento se houver morrido ainda menor ou incapaz;

XIII – a ação do adotado para se desligar da adoção, realizada quando ele era menor ou se achava interdito; contado o prazo do dia em que cessar a menoridade ou a interdição.

§ 7º: Em dois anos:

I – a ação do cônjuge para anular o casamento nos casos do art. 219, I, II e III; contado o prazo da data da celebração do casamento; e da data da execução deste Código para os casamentos anteriormente celebrados;

VI – a ação do cônjuge ou seus herdeiros necessários para anular a doação feita pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice; contado o prazo da dissolução da sociedade conjugal;

VII – a ação do marido ou dos seus herdeiros, para anular atos da mulher, praticados sem o seu consentimento, ou sem o suprimento do juiz; contado o prazo do dia em que se dissolver a sociedade conjugal;

§ 8º: Em três anos: A ação do vendedor para resgatar o imóvel vendido; contado o prazo da data da escritura, quando se não fixou no contrato prazo menor (art. 1.141);

§ 9º: Em quatro anos:

I – contados da dissolução da sociedade conjugal, a ação da mulher para: **a)** desobrigar ou reivindicar os imóveis do casal, quando o marido os gravou, ou alienou sem outorga uxória, ou suprimento dela pelo juiz (arts. 235 e 237); e **b)** anular as fianças prestadas e as doações feitas pelo marido fora dos casos legais (arts. 235, III e IV, e 236);

II – a ação dos herdeiros da mulher, nos casos das letras a, b e c do número anterior, quando ela faleceu, sem propor a que ali se lhe assegura; contado o prazo da data do falecimento (arts. 239, 295, II, 300 e 311, III);

III - a ação da mulher ou seus herdeiros para desobrigar ou reivindicar os bens dotais alienados ou gravados pelo marido; contado o prazo da dissolução da sociedade conjugal (arts. 293 a 296);

IV – a ação do interessado em pleitear a exclusão do herdeiro (arts. 1595 e 1596), ou provar a causa da sua deserdação (arts. 1.741 a 1.745), e bem assim a ação do deserddado para a impugnar; contado o prazo da abertura da sucessão;

V – a ação de anular ou rescindir os contratos, para a qual se não tenha estabelecido menor prazo; contado este: **a)** no caso de coação, do dia em que ela cessar; **b)** no de erro, dolo, simulação ou fraude, do dia em que se realizar o ato ou o contrato; e **c)** quanto aos atos dos incapazes, do dia em que cessar a incapacidade;

VI – a ação do filho natural para impugnar o reconhecimento; contado o prazo do dia em que atingir a maioridade ou se emancipar;

§ 10º: Em cinco anos:

VIII – o direito de propor ação rescisória.

Os demais prazos se referem às ações condenatórias, sujeitas à prescrição, inexistindo hipóteses de ações declaratórias, as quais são, por definição, imprescritíveis.

Além das causas impeditivas e suspensivas da prescrição (arts. 168 a 176), o revogado Código Civil de 1916 disciplinava o direito do devedor de renunciar a prescrição. A renúncia poderia ser expressa ou tácita, todavia, para ser válida, somente poderia ser realizada após a sua consumação e desde que não causasse prejuízos à terceiro (art. 161⁵⁸).

A prescrição, apesar de estar fundada no interesse público⁵⁹, era tratada como um benefício em favor do devedor que, caso não quisesse aproveitá-lo, não poderia ser forçado a tanto, motivo pelo qual era vedado ao juiz pronunciá-la de ofício (art. 166).

Seguindo essa orientação, o Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869/73) dispunha na redação primitiva do artigo 219, § 5º, que “*não se tratando de direitos patrimoniais o juiz poderá conhecer de ofício da prescrição*”⁶⁰. A interpretação literal do artigo poderia levar à equivocada conclusão de que, em se tratando de direitos não patrimoniais (como questões de estado e de direito de família), estaria o magistrado autorizado a decretar de ofício a prescrição.

Entretanto, a ressalva realizada pelo código se justificava porque, na verdade, tais situações não se sujeitavam à prescrição, mas à decadência. A distinção mostrou-se necessária pela notória deficiência técnica da legislação civil, que a todo prazo extintivo aplicava o rótulo de prescrição.

2.1.2. O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973.

Superando as limitações da legislação anterior, o Código Civil de 2002 distinguiu expressamente a prescrição da decadência a partir do critério desenvolvido por Agnelo Amorim Filho, vinculando a primeira às ações condenatórias e a segunda às ações constitutivas. Ademais, vinculou a prescrição ao nascimento da pretensão, e a decadência ao exercício do direito potestativo, já que este último, por definição, é direito sem pretensão, uma vez que não pode ser objeto de violação.

A prescrição foi definida pelo legislador no artigo 189, o qual fixou o termo inicial do prazo extintivo (nascimento da pretensão), bem como o objeto do instituto (pretensão), afastando em definitivo a influência da teoria civilista da ação. A decadência, a seu turno, não apresenta um conceito legal, pois no artigo 207 apenas é ressaltado que “*não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição*”. Deve-se concluir, portanto, que as situações não previstas nos dispositivos que disciplinam a

⁵⁸ CC/16; Artigo 161: “A renúncia da prescrição pode ser expressa, ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar”.

⁵⁹ Vide *supra*, item 1.3.

⁶⁰ O Código de Processo Civil de 1939 não tinha dispositivo correspondente.

prescrição devem ser recepcionadas como decadência, principalmente se a natureza da ação for constitutiva.

O novo código manteve inalteradas as disposições sobre a renúncia da prescrição (art. 191), assim como conservou, na essência, os artigos que tratam sobre as causas de interrupção e suspensão da prescrição, refinando apenas a redação de alguns deles⁶¹.

Os artigos 192 e 194 representaram importantes alterações no sistema da prescrição. Dispõe o artigo 192 que “*os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes*”, colocando fim à celeuma criada pela doutrina sobre a possibilidade de as partes, por acordo de vontade, dilatar ou reduzir o prazo prescricional.

O artigo 194, revogado posteriormente pela Lei nº 11.280/06, vedava ao juiz suprir de ofício a alegação de prescrição, salvo quando favorecesse o absolutamente incapaz⁶². O artigo não repetiu a ressalva realizada pelo artigo 166 do Código de 1916 que vedava a pronúncia de ofício da prescrição no caso de “direitos patrimoniais”.

A nova sistemática apresentada pela legislação civil também repercutiu no Código de Processo Civil, posto que, com o desenvolvimento de uma nítida distinção entre a prescrição e a decadência, o artigo 219, § 5º, perdeu qualquer utilidade, passando a ser inadequado o emprego da expressão “prescrição não patrimonial”.

Nesse contexto, a Terceira Jornada de estudos sobre o Código Civil de 2002, promovida pelo Conselho da Justiça Federal aprovou o Enunciado nº 155, cuja redação é a seguinte: “*Art. 194. O Artigo 194 do Código Civil de 2002, ao permitir a declaração ex officio da prescrição de direitos patrimoniais em favor do absolutamente incapaz, derogou o disposto no § 5º, do artigo 219 do Código de Processo Civil*”. Todavia, com a nova redação do artigo 219, o enunciado restou superado.

2.2. DISCIPLINA POSTERIOR À LEI Nº 11.280/06.

No intuito de promover a aceleração processual, e considerando que são raros os casos em que o devedor renuncia a prescrição consumada em seu favor, o legislador infraconstitucional editou a Lei nº 11.280/06, publicada em 17 de fevereiro de 2006, a qual revogou o artigo 194, do Código Civil, e alterou a redação ao artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil, permitindo ao juiz pronunciar de ofício a prescrição.

⁶¹ O art. 197 substituiu no inciso I o vocábulo “matrimônio” por “sociedade conjugal”, bem como suprimiu o inciso IV do art. 168, do CC/16. O art. 198 substituiu no inciso III a expressão “na armada e no exército nacionais” que constava do art. 169 do código anterior por “forças armadas”.

⁶² Código Civil; Artigo 194: “O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz”.

A referida lei originou-se do Projeto de Lei nº 4.764/06, apresentado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional em 19 de novembro de 2004, como fruto do trabalho realizado pela Secretaria de Reforma do Judiciário, no âmbito do Ministério da Justiça. Na exposição de motivos do projeto, o Ministro Márcio Thomaz Bastos ressaltou que:

Sob a perspectiva das diretrizes estabelecidas para a reforma da Justiça, faz-se necessária a alteração do sistema processual brasileiro com o escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa. (...) No mesmo sentido, louvável a disposição que permite ao juiz decretar de ofício, sem necessidade de provocação das partes, a prescrição, em qualquer caso, conforme proposta de redação inédita ao § 5.º do art. 219 do CPC⁶³.

No âmbito do processo legislativo, os pareceres dos relatores do projeto, tanto na Câmara dos Deputados (Deputado Maurício Rands)⁶⁴, quanto no Senado Federal (Senador Aloísio Mercadante)⁶⁵, foram absolutamente favoráveis à reforma, aprovada sem maiores resistências.

Desta forma, criou-se um mecanismo para que o magistrado suscite uma matéria não arguida pela parte beneficiada, uma vez que se a mesma não renunciar a prescrição, o litígio será mais rapidamente resolvido, evitando-se o dispêndio desnecessário de energia e de trabalho em torno da máquina judiciária⁶⁶.

A referida lei não alterou, contudo, os demais dispositivos que regulamentam a prescrição, como os artigos 197 a 204, que tratam das causas suspensivas e interruptivas, e o artigo 191, que faculta ao devedor renunciar a prescrição. A subsistência do direito de

⁶³ Exposição de Motivos nº 184-MJ, de 19 de novembro de 2004, do Projeto de Lei nº 4.764/04. Disponível na internet via WWW.URL: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=274431>, acesso em 20 de julho de 2010.

⁶⁴ “Igualmente conveniente é a norma do art. 219, § 5º do CPC, que permite o reconhecimento ex officio da prescrição, ainda que se trate de direitos patrimoniais. O Código Civil, no art. 194, ora revogado, já ampliava essa possibilidade quando a prescrição favorecesse o absolutamente incapaz, de forma que a doutrina entendia derogado o referido § 5º do art. 219, do CPC. Agora permite-se que o juiz reconheça, de ofício, a prescrição, independentemente da natureza dos direitos em litígio e da capacidade das partes. A providência é salutar, uma vez que, podendo a prescrição ser alegada em qualquer grau de jurisdição (art. 193 do Código Civil), não raro o seu reconhecimento tardio ocasionava a tramitação inócua do processo, gerando uma extinção do feito que poderia ter ocorrido muito antes (art. 269, IV, do CPC)”. Disponível na internet via WWW.URL: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=286415>, acesso em 20 de julho de 2010.

⁶⁵ “O projeto também altera o § 5.º do art. 219, do Código de Processo Civil, para fixar a regra geral que permite ao juiz conhecer da prescrição, independentemente de provocação das partes. Este dispositivo é complementado pela revogação do art. 194 do Código Civil. Esta medida acabará com as restrições impostas ao conhecimento da prescrição, de ofício, pelo magistrado, contribuindo para a redução da morosidade processual, uma vez que impedirá a prática de atos desnecessários naquelas demandas em que o direito material controvertido já foi fulminado pela prescrição”. Disponível na internet via WWW.URL: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=75816>, acesso em 20 de julho de 2010.

⁶⁶ “O fundamento da alteração, que vem inspirando todas as reformas processuais, é a celeridade processual. Neste ponto específico, trata-se de evitar que se procrastine um processo acerca de uma pretensão cujo prazo prescricional já expirou, aguardando-se a eventual manifestação da parte beneficiada”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*, v. 1, p. 586).

renúncia foi confirmada por ocasião da realização da Quarta Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal:

Enunciado nº 295: “Art. 191. A revogação do artigo 194 do Código Civil pela Lei 11.280/06, que determina ao juiz o reconhecimento de ofício da prescrição, não retira do devedor a possibilidade de renúncia admitida no artigo 191 do texto codificado”.

Assim, pode o devedor renunciar a prescrição no intuito simplesmente de realizar o pagamento da dívida inadimplida, ou pode renunciá-la para que ao final do processo obtenha o reconhecimento da improcedência do pedido do autor, seja pela inexistência da obrigação, seja pela comprovação da extinção do débito pelo pagamento da dívida, evitando os efeitos do artigo 882, do Código Civil.

Esse aparente conflito entre os artigos 191, do CC, e 219, § 5º, do CPC, levou parte da doutrina a questionar a legitimidade da reforma processual, sob o argumento de que a inovação legislativa estaria em desconformidade com o sistema definido pelo direito material, que considera a prescrição como uma exceção à disposição do devedor, utilizável segundo a conveniência e oportunidade de seu titular. THEODORO JÚNIOR, um dos primeiros juristas a analisar a problemática, critica a reforma legislativa, sugerindo sua revogação:

Melhor mesmo seria revogar, *de lege ferenda*, a infeliz inovação, mas, enquanto isto não se der, o dever do intérprete e aplicador da lei inovadora será o de buscar minimizar as impropriedades contidas em sua literalidade, e reduzir sua aplicação apenas às hipóteses compatíveis com a natureza, finalidade e sistema da prescrição dentro do direito material⁶⁷.

A procedência das críticas será examinada nos próximos capítulos, nos quais analisaremos de forma pormenorizada o instituto da prescrição e os reflexos da Lei nº 11.280/06 para o direito material⁶⁸.

⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. 1, p. 411.

⁶⁸ O Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, ainda em trâmite perante o Congresso Nacional, mantém a orientação consagrada no atual código, permitindo ao magistrado conhecer de ofício a prescrição, mesmo antes da citação do réu. Segundo o texto divulgado pela comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do novo código de processo civil, o dispositivo correspondente ao artigo 219, § 5º, será o artigo 317, inciso III, cuja redação é a seguinte: “**Art. 317: Independentemente de citação do réu, o juiz rejeitará liminarmente a demanda se: III - verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição**”. O dispositivo estará inserido no Livro II (“Do Processo de Conhecimento”), Título I (“Procedimento Comum”), Capítulo III (“Da rejeição liminar da demanda”).

3. PRESCRIÇÃO E O SISTEMA DEFINIDO PELO DIREITO MATERIAL.

3.1. DIREITO SUBJETIVO E EXIGIBILIDADE.

A noção de direito subjetivo é produto de construção doutrinária iniciada na Idade Média e consolidada no século XIX, com a pandectista alemã, decorrente do exame da eficácia dos fatos jurídicos criadores de direitos.

Os juristas romanos, eminentemente práticos, não se dedicaram ao desenvolvimento do conceito. Isso não significa, porém, que o direito subjetivo era noção desconhecida, mas que em verdade não havia interesse na elaboração de conceitos abstratos. Todavia, ainda que inexistisse referência expressa à distinção entre direito objetivo e subjetivo, ela pode ser constatada quando da análise de alguns textos da época.

Muito embora o vocábulo *ius* fosse usado para designar os vários aspectos do jurídico, fácil é, contudo, destacar seu emprego num e noutro sentido. Quando Gaius dizia: “*omne ius, quod utimur; vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*” (“Todo direito de que nos utilizamos pertence ou às pessoas, ou às coisas, ou às ações”), aludia ao poder ou às faculdades asseguradas pelo ordenamento legal. Nitidamente se referia Ulpiano à própria norma, ao próprio direito aplicável, quando falava: “*iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur*” (“Os direitos se constituem não para as pessoas, porém com caráter de generalidade”), referindo-se à generalidade ligada à extensão dos preceitos. Numa acepção era o direito em sentido subjetivo; na outra um conceito objetivo (direito objetivo)⁶⁹.

A noção de direito subjetivo somente será sistematizada com os Glosadores na Idade Média, a partir da interpretação dos escritos consubstanciados no *Corpus Iuris Civilis*, na esteira dos estudos de Bártolo de Saxoferrato, que o enunciava ao definir o direito de propriedade. No século XVI, com Donellus, e no século XVIII, com Christian Wolf e Emmanuel Kant, é que se começou a elaborar um conceito geral e abstrato apto a representar um poder jurídico posto à disposição dos sujeitos para a concretização dos seus interesses⁷⁰.

Com o renascimento é iniciado um processo de progressiva subjetivação do direito decorrente do individualismo, que passa a orientar as relações sociais. A liberdade individual é tida como um valor absoluto, e a idéia dos direitos subjetivos surge como “*expressão do reconhecimento que o direito confere à esfera da liberdade (autonomia) das pessoas. Seu fundamento axiológico é a liberdade do homem*”⁷¹.

⁶⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*, v. 1, p. 25.

⁷⁰ AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*, p. 190.

⁷¹ AMARAL, F. Obra citada, p. 190.

Entretanto, a noção de um direito subjetivo não é aceita de forma unânime pela doutrina, existindo inúmeras teorias que, ou refutam a categoria, ou que defendem a revisão do seu significado.

O direito natural clássico de Aristóteles e São Tomás de Aquino, para o qual existiria uma ordem na natureza que determina o lugar de cada um dos elementos, pessoas ou coisas que compõem o universo, considera o direito subjetivo como uma noção estranha e incompatível com o sistema da filosofia aristotélico-tomista.

Considerando o direito exclusivamente do ponto de vista do indivíduo, atribuindo a este prerrogativas e benefícios, ao invés de contribuir para a manutenção das relações justas entre os indivíduos, o direito subjetivo representaria uma indevida alteração dessa ordem harmoniosa natural⁷².

A doutrina do Positivismo Sociológico, defendida por Léon Duguit e Gaston Jèze, contesta o direito subjetivo sob o argumento de que o conceito seria metafísico. Para esses autores, existiria tão somente o direito objetivo, ao qual estão submetidas todas as pessoas e, apesar de ser individual em sua aplicação, não confere ao sujeito um poder exercitável sobre os demais integrantes do corpo social⁷³. A ciência do direito deveria ser construída a partir da observação dos fatos sociais, de modo que o direito consistiria nas decisões dos tribunais e não em figuras imaginárias⁷⁴.

Defende Duguit que o direito tem por fundamento a interdependência social, razão pela qual refuta a figura do direito subjetivo que representaria a supremacia da vontade individual sobre a vontade dos demais sujeitos. Desta forma, mais adequado seria referir-se à situação jurídica, que é a mesma regra objetiva vista do lado do indivíduo, na qual o sujeito poderia, de acordo com a lei, exigir algo ou ter de prestar alguma coisa⁷⁵.

O Positivismo Normativo de doutrinadores como Hans Kelsen, James Goldschmidt e Karl Olivecrona refuta o direito subjetivo por considerá-lo metajurídico, estranho à Ciência Jurídica. Tal figura, por estar carregada de significados jusnaturalistas e ideológicos, contrariaria a pureza da norma jurídica considerada do ponto de vista formal. Kelsen defende o monismo jurídico, reconhecendo apenas a existência do direito objetivo (da norma) seja o geral, emanado do Estado, seja o individual, criado pela declaração de

⁷² AMARAL, F. Idem, p. 191.

⁷³ PEREIRA, C. M. da S. Idem, p. 25.

⁷⁴ AMARAL, F. Obra citada, p. 191.

⁷⁵ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, p. 110.

vontade⁷⁶. A norma jurídica poderia ser analisada de um ponto de vista objetivo, como de um ponto de vista subjetivo, mas, de qualquer forma, seria sempre norma⁷⁷.

Ainda que passíveis de críticas, essas concepções foram fundamentais para a compreensão da dependência do direito subjetivo em relação ao objetivo, bem como de que o direito não tem como fonte única o Estado. No dizer de AMARAL:

Não obstante, essas concepções positivistas tiveram o mérito de contribuir, no caso do primeiro, para a compreensão de que os direitos subjetivos dependem do direito objetivo, embora coexistam harmonicamente. “Os direitos subjetivos não existem por si mesmos, não são de geração espontânea, nascidos do nada, não são direitos naturais; os direitos subjetivos não existem senão nos limites traçados pelas diferentes regras de direito e nas condições postas por estas regras”. E no tocante às fontes do direito subjetivo, sua fonte, a norma jurídica, tanto pode ter origem na vontade estatal quanto na particular, expressa esta no negócio jurídico. Não obstante, o positivismo sociológico, ao ressaltar a contingência social que envolve o indivíduo, contribuiu gradualmente para a teoria dos limites do direito subjetivo em que se destacam o abuso do direito, a função social da propriedade e as limitações da ordem pública ao exercício da autonomia privada⁷⁸.

De outro vértice, três teorias, aceitando o direito subjetivo, buscam encontrar um fundamento para tal categoria jurídica: a teoria da vontade, a teoria do interesse e a teoria mista⁷⁹. Para Friedrich Karl Von Savigny, Otto Von Gierke e Bernhard Windscheid, defensores da teoria da vontade, o direito subjetivo seria o poder ou o domínio da vontade conferido pela ordem jurídica. O titular do direito teria a liberdade para exercer seus direitos de acordo com sua conveniência e na oportunidade que lhe aprouver, dentro dos limites legais, cabendo ao Estado intervir somente quando estritamente necessário. O direito objetivo estatuiria uma conduta e a vontade poderia expandir-se dentro dos limites fixados.

A teoria peca, não obstante, pelo unilateralismo. O direito subjetivo existe e é eficaz independentemente do indivíduo ter ou não vontade, caso contrário, todos aqueles que não possam manifestar sua vontade juridicamente, como os absolutamente incapazes, estariam privados desses direitos.

Tanto aqui quanto em todo o direito (sistema de regras jurídicas), a teoria voluntarista é falsa. Identifica o homem e a vontade; depois, distingue a pessoa jurídica e a vontade dos órgãos. Ora, os absolutamente incapazes

⁷⁶ AMARAL, F. Obra citada, p. 192.

⁷⁷ PEREIRA, C. M. da S. Obra citada, p. 26.

⁷⁸ AMARAL, F. Obra citada, p. 192-193.

⁷⁹ Cita SERPA LOPES uma outra teoria, a da subjetivação da norma. Para tal corrente, o direito subjetivo seria mero reflexo da norma, um efeito dela, individualizada, apropriada ou posta à disposição do indivíduo. O que se teria em vista é a vontade do ordenamento e o interesse que o Direito destaca, deslocando-se o centro de gravidade do conceito de direito subjetivo do indivíduo para a norma. (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil. Introdução Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos*, vol. 1, p. 191).

teriam de ser identificados com a sua vontade, que o direito não reconhece: nega-a; no fundo, chegar-se-ia à afirmação de que os sujeitos de direito são as vontades, e ter-se-ia de regredir à conclusão de E. Hölder, quanto à superioridade do sujeito de disposição, e, no tocante às pessoas jurídicas, ou à negação delas, porque as vontades estão lá dentro e são individuais, ou à teoria da ficção. Rigorosamente, a vontade nada tem a ver com as noções de incidência das regras jurídicas e de seus resultados (direito subjetivo, pretensão, ação, direito de exceção; sujeito de direito, ativo ou passivo). Tanto assim que a vontade, quando é protegida, só o é porque a incidência a protege e ela se acha do lado ativo ou passivo da eficácia. Tôda concepção do direito subjetivo como vontade enche de volição o que muitas vezes não na tem. Nos escritos que a sustentam, tal convicção revela a data filogenética da sua psique ou a de algum fato psicanalítico⁸⁰.

A teoria do interesse, de Rudolf Von Ihering, substituiu o elemento vontade pelo elemento interesse, de modo que o direito subjetivo seria o interesse juridicamente protegido. Para Ihering, dois elementos constituiriam o princípio do direito: um substancial, situado na sua finalidade prática, isto é, na sua utilidade, na sua vantagem ou no seu interesse; e outro formal, por meio do qual se efetiva o primeiro, ou seja, a sua proteção jurídica por meio da ação em justiça⁸¹. A concepção também é passível de críticas, pois confunde o direito subjetivo com seu conteúdo ou com seus fins.

A definição de R. Von Ihering (interesses juridicamente protegidos) seria certa e é certa, porém apenas como definição do direito, que se pode dar, estando-se na dimensão política. Note-se bem: estando-se na dimensão política, a ver-se o direito em sua gestação. Não é definição científica, e não disfarça tautologia. Tanto mais defeituosa se revela quanto se apura que há interesses protegidos pela regra jurídica *in abstracto* que, *in concreto*, não existem para o titular do direito. O curador que não quer ser curador exerce direitos que, em princípio, lhe desagradam⁸².

A teoria mista de George Jellinek integrou os dois elementos, definindo o direito subjetivo como o interesse protegido mediante o reconhecimento do poder da vontade individual⁸³. O direito objetivo ditaria uma conduta, da qual resultaria a faculdade de querer atribuída ao indivíduo, o qual, ao exercer esse poder, objetivaria uma faculdade concreta, perseguindo-a com observância dos preceitos instituídos pela ordem jurídica. Poder de ação, interesse e submissão ao direito objetivo comporiam o direito subjetivo⁸⁴. Contudo, por reunir os dois elementos básicos, a teoria acaba sofrendo as mesmas críticas voltadas contra as outras correntes.

⁸⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. V, p. 234.

⁸¹ SERPA LOPES, M. M. de. Obra citada, p. 190.

⁸² PONTES DE MIRANDA. F. C. Obra citada, p. 229.

⁸³ GOMES, O. Obra citada, p. 108.

⁸⁴ PEREIRA, C. M. da S. Obra citada, p. 29.

Apesar das críticas, a figura do direito subjetivo tem encontrado amparo na ciência jurídica, pois é inegável a existência de espaços de poder reconhecidos pelo direito objetivo ao indivíduo para que este exerça os direitos de que é titular.

Desta forma, conciliando as contribuições doutrinárias, o direito subjetivo pode ser definido, didaticamente, como o “*poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento*”⁸⁵. Consiste, assim, em permissão jurídica atribuída ao titular do direito de fazer ou ter o que não for vedado em lei, bem como de exigir de outrem alguma conduta.

Alguns doutrinadores decompõem o direito subjetivo em dois conceitos básicos, a licitude e a pretensão. A licitude seria essa possibilidade de se agir, nos limites da lei, para a satisfação dos próprios interesses. E a pretensão seria o poder do titular do direito de exigir uma ação ou omissão de outrem que deva praticá-la ou abster-se⁸⁶.

Por ser exclusivo do seu titular, diz-se subjetivo, consistindo em uma esfera de ação reconhecida e limitada pelo direito objetivo. Aliás, inexiste direito subjetivo (*facultas agendi*) sem regra jurídica (*norma agendi*), a qual o antecede fática e logicamente. Nesse sentido PONTES DE MIRANDA:

Perdeu-se muito tempo, e perde-se ainda, em se discutir se o direito objetivo e o direito subjetivo são duas faces do mesmo conceito. A incompreensão dos juristas, afirmando-o, chega a ser irritante (e. g., ainda há pouco M.T. Zanzucchi, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 8). Mostra que não seguiram, de perto, o que se passa fora e dentro do mundo jurídico. A regra jurídica é *prius*. Ela põe a regra, prevendo que se dêem os fatos ou complexos de fatos (suportes fáticos), em que ela incida e, estando ajustados a ela, carimbados por ela, entrem no mundo jurídico⁸⁷.

E complementa:

Não se trata de questão de interesse só filosófico, nem a resolve ou a elide dizer-se que os dois lados são profundamente conjuntos e interdependentes, ou reflexos um do outro, ou discorrer-se a respeito com tal vaguidade. A simultaneidade é ilusória e foi vítima dessa ilusão L. Enneccerus (*Lehrbuch*, I, 30^a-34^a ed., 153, nota 1): aliás, elê-mesmo sabia da incidência anterior da regra jurídica (I, 325). Tão-pouco é vão discuti-lo (sem razão, A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil*, I, 54, nota 2): pode bem ser que, nos começos, a regra jurídica e o direito subjetivo nascessem juntos, *se êsse nascia*; desde, porém, que a regra jurídica deixou de ser feita *para o caso*, e passou a prever o seu suporte fático (possível), ela é, necessariamente, *prius*, e o direito subjetivo algo que pode acontecer com a entrada do suporte fático no mundo jurídico⁸⁸.

⁸⁵ AMARAL, F. Obra citada, p. 188.

⁸⁶ GOMES, O. Obra citada, p. 109.

⁸⁷ PONTES DE MIRANDA. F. C. Obra citada, p. 238.

⁸⁸ PONTES DE MIRANDA. F. C. Obra citada, p. 239.

O direito subjetivo situa-se no âmbito da autonomia privada, desse poder atribuído aos indivíduos para regularem suas relações particulares, criando, modificando ou extinguindo-as, definindo o seu conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. *“Tal poder não é, porém, originário e ilimitado. Deriva do ordenamento jurídico estatal, que o reconhece, e exerce-se nos limites que esse fixa, limites esses crescentes, com a passagem do Estado de direito para o Estado intervencionista ou assistencial”*⁸⁹.

Por fim, cabe distinguir o direito subjetivo da faculdade jurídico e do direito potestativo. Direito e faculdade não se confundem, ainda que seja esta somente uma. A faculdade consiste no poder de agir compreendido no direito, a *“faculdade é fática, é meio fático para a satisfação de interesses humanos; o direito subjetivo é jurídico, é meio jurídico para a satisfação desses interesses”*⁹⁰. Integrando o conteúdo do direito, as faculdades nascem com este, mas, logicamente, sucedem-no, pois antes de adquirir o direito, o titular não pode exercer nenhuma das suas faculdades⁹¹.

Os direitos subjetivos não se confundem ainda com os potestativos. Estes consistem, segundo Chiovenda, no poder do titular de influir na esfera jurídica de outrem, constituindo, modificando ou extinguindo uma situação, sem que este possa ou deva fazer algo que não se sujeitar⁹². Não exige um determinado comportamento de outrem como o direito subjetivo, apenas uma sujeição⁹³, razão pela qual não é suscetível de violação, não gerando pretensão. Subordina-se aos prazos de decadência e não aos de prescrição, via de consequência.

3.2. PRETENSÃO E AÇÃO.

No momento em que o direito se torna exigível (implemento da condição, advento do termo, violação do direito), nasce para seu titular a faculdade de poder exigir o cumprimento do dever que incumbe ao sujeito passivo da relação jurídica. A esse poder que atribui ao direito subjetivo dinamismo, dá-se o nome de pretensão.

Como ressaltado no primeiro capítulo deste estudo⁹⁴, consiste a pretensão na *“posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa”*⁹⁵.

⁸⁹ AMARAL, F. Obra citada, p. 346.

⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, F. C. Obra citada, p. 233.

⁹¹ GOMES, O. Obra citada, p. 120.

⁹² GOMES, O. Idem, p. 118.

⁹³ São exemplos de direitos potestativos: aceitação e a renúncia à herança, anulação de casamento, despedida de emprego, denúncia e revisão de contrato, nos casos em que a lei reconhece semelhantes poderes a uma das partes do negócio jurídico etc.

⁹⁴ Vide *supra*, item 1.2.2.

⁹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*, t. I, p. 52.

Desta forma, ao poder do titular da pretensão corresponde a obrigação do destinatário. Não há pretensão sem destinatário e nem obrigação sem que haja pretensão⁹⁶.

Existindo exigibilidade, há pretensão, de modo que esta pode surgir depois do direito, como no caso do crédito ainda não vencido, no qual ainda não temos pretensão e, por isso, não podemos exigir o cumprimento da obrigação. Portanto, existem direito sem pretensão, ou porque ainda não podem ser exigidos (crédito não vencido), ou porque já não podem mais ser exigidos (crédito prescrito)⁹⁷.

Assim, constituindo a pretensão mera potencialidade de que se reveste o direito subjetivo, sua existência não implica na idéia de exercício efetivo desse poder, motivo pelo qual é possível a separação entre os momentos da constituição da pretensão e do seu exercício⁹⁸. Consequentemente, caso o titular da pretensão não exija a obrigação no prazo fixado em lei, sua possibilidade de constranger o devedor para adimplir a prestação será tolhida pela prescrição.

De outro vértice, não se confundindo com o direito, a pretensão pode se extinguir, bem como ser cedida, sem que isso implique necessariamente na extinção ou cessão do direito. As pretensões pessoais em regra são cedidas juntamente com o crédito, já as reais comumente são cedidas sem a respectiva cessão do direito. De qualquer forma, não é possível a cessão somente da pretensão caso tal manobra acabe esvaziando o conteúdo do direito (p. ex., a cessão da pretensão de abstenção geral).

Como referido, as pretensões podem ser pessoais, oriundas de direitos relativos, voltadas contra pessoas determinadas, ou reais, provenientes de direitos absolutos, com eficácia *erga omnes*⁹⁹.

Defende PONTES DE MIRANDA que incorre em erro quem defende que somente com a violação do direito, com uma conduta contrária ao conteúdo do direito absoluto, é que surgiria a pretensão real. O que a pretensão real tenderia a obter é a continuidade, a preservação de um estado de coisas, de modo que, não infringir, é satisfazê-la continuamente.

A absolutidade do direito consiste exatamente nisso; e proibir é exigir ato negativo. Não há cindir-se o lado passivo dos direitos absolutos em proibir,

⁹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. V, p. 451.

⁹⁷ A noção de pretensão é incompatível com os direitos potestativos, uma vez que estes operam por si mesmos, sem necessidade de uma ação ou omissão do devedor, ao contrário dos direitos subjetivos, que dependem de uma conduta do sujeito passivo.

⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*, t. I, p. 85.

⁹⁹ Ponte de Miranda cita outra classe de pretensões obrigacionais, chamadas “*in rem scriptae*”, dirigidas contra quem é o titular, no momento, de algum direito real ou de posse, ou seja, contra quem tem, agora, um direito real ou de posse. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. V, p. 454)

que seja *prius*, e exigir, que seja o conteúdo da pretensão, como *posterius*. Confundem-se, aí, a ação e a pretensão: a pretensão é *erga omnes*, consiste em proibição geral, que corresponde à estrutura dos direitos com sujeitos passivos totais; da infração, da não-satisfação da exigência geral de abstenção, é que nasce a ação¹⁰⁰.

Com a infração do dever, surgiria a ação (material) para o respectivo titular, que a partir daí que poderia buscar a realização de seu direito por seus próprios meios, independentemente de qualquer conduta voluntária do obrigado. Ademais, o prazo prescricional das pretensões reais somente se iniciaria no momento em que as mesmas deixassem de serem satisfeitas¹⁰¹.

Cabe salientar, entretanto, que com a proibição da autotutela, essa conduta do titular do direito violado acabou sendo reduzida à necessidade de ingresso em juízo (exercício da ação processual) para que o Estado, uma vez reconhecido o direito, o realize coativamente, por meio da prática da mesma atividade que foi proibida ao particular.

A exceção fica a cargo do chamado *desforço in continenti*, consistente em uma reação de autodefesa do possuidor quando a agressão à sua posse se realiza em circunstâncias que exijam uma “*pronta, enérgica e imediata repulsa*”¹⁰². Tal permissão está prevista no artigo 1.210, § 1º, do Código Civil¹⁰³.

Nesse contexto de monopólio da jurisdição é que surge a noção de *pretensão à tutela jurídica*¹⁰⁴. Esta consiste no poder atribuído a qualquer pessoa de exigir do Estado a prestação da atividade jurisdicional, mesmo que ao final do processo se conclua que o autor não tinha qualquer direito¹⁰⁵.

Esse direito à tutela jurisdicional, quando exercido, equivale ao que hoje se tem por direito de ação no âmbito processual (direito ao provimento jurisdicional), o qual é assegurado tanto ao autor como ao réu¹⁰⁶. O autor, ao propor a ação, espera a tutela

¹⁰⁰ PONTES DE MIRANDA. F. C. Obra citada, p. 461.

¹⁰¹ PONTES DE MIRANDA. F. C. Idem, p. 455.

¹⁰² GOMES, Orlando. *Direitos Reais*, p. 98.

¹⁰³ Código Civil; Artigo 1.210, § 1º: “O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse”.

¹⁰⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*, t. I, p. 94.

¹⁰⁵ “O direito de agir, provocando a atividade jurisdicional por meio da propositura da ‘ação’, é uma atividade reconhecida sem dúvida a todos quantos tenham efetivamente, no plano do direito material, necessidade de amparo jurídico, ‘para tutela de um direito ou de algum interesse legítimo’; mas um idêntico direito de agir necessariamente deve ser atribuído também àqueles que, buscando a proteção jurisdicional, apenas supunham ser legítimo seu interesse, ou apenas imaginavam ser titulares de um direito necessitado de proteção jurisdicional, e até para aqueles que, cientes de não terem direito algum, mesmo assim, proponham uma ‘ação’ que saibam ser improcedente”. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*, vol. 1, p. 91-92.)

¹⁰⁶ “O conceito de ‘ação’ processual assenta-se na premissa de existir, como um *plus lógico*, um direito público subjetivo que a precede, por meio do qual o Estado reconhece e outorga a seus jurisdicionados o poder de

jurisdicional para que o seu direito seja reconhecido e satisfeito coercitivamente por meio de uma atividade estatal. O réu, ao se defender, também exige a tutela estatal prometida por meio da recusa à realização do direito que o autor falsamente alegou ser titular. Ambas as partes têm direito ao julgamento¹⁰⁷.

Essa pretensão à tutela jurídica (direito de acesso aos tribunais) é irrenunciável, ainda que seja renunciável o direito ou a pretensão¹⁰⁸, uma vez que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário¹⁰⁹.

Desta forma, pretensão à tutela jurídica não se confunde com pretensão e ação de direito material, posto que estas permanecem no âmbito do direito material e dependem deste. Aquela, a seu turno, situa-se no domínio do direito processual e independe da existência do direito substantivo¹¹⁰.

Teríamos, assim, bem delineados as figuras de pretensão, ação material e ação processual. A partir do momento em que o direito se torna exigível surge a pretensão, poder de exigir de outrem a satisfação da obrigação, que, todavia, fica na dependência de uma conduta voluntária do obrigado. Não cumprindo este seu dever mesmo após o exercício da pretensão, nasceria a ação material, por meio da qual o titular poderia buscar a realização do seu direito independentemente de qualquer colaboração do sujeito passivo da relação.

invocar a proteção jurisdicional. Não se pode, portanto, confundir as duas categorias. Uma coisa será o direito subjetivo processual, por meio do qual a ordem jurídica reconhece a alguém o poder de tornar efetivo o direito através do exercício da 'ação' processual. Outra, não o poder, mas o exercício efetivo desse direito, por meio da 'ação'. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*, vol. 1, p. 77)

¹⁰⁷ “A tal direito exigível, através do qual os cidadãos podem recorrer a seus tribunais, dá-se o nome de pretensão de tutela jurídica, que, todavia, nada tem a ver, diga-se de passagem, com o conceito similar exposto por WACH (*La pretensión de declaración*, Cap. II; e *Manual de derecho procesal civil*, v. 1, § 2º), apenas corresponde à ‘assistência judicial’ que o Estado deve prestar ao titular de um direito ou de um interesse legítimo, quando violados ou ameaçados de violação. Evidentemente, no conceito moderno de pretensão de tutela jurídica inclui-se também a proteção jurisdicional ou, dizendo-se de modo mais próprio, a atividade jurisdicional, que o magistrado pratica em favor, ou perante aquele que não é efetivamente titular de direito algum. Tanto o autor, também o réu, ao defender-se, independentemente de ter ou não razão, exerce pretensão de tutela jurídica (PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1974, v. 1, p. 103)”. (SILVA, O. A. B. Obra citada, p. 93)

¹⁰⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. V, p. 480-481.

¹⁰⁹ Constituição Federal; Art. 5º, XXXV.

¹¹⁰ “A ação é inflamação do direito ou da pretensão. ‘Direito de ação’, no sentido privatístico, é expressão que se deve evitar: há ação, se há direito, ainda que de outrem; direito de ação é confusão entre ação e a ligação dela ao direito. A confusão é mais longe, porque, no direito público, se fala de direito de ação (*Klagrecht*) como de direito subjetivo à tutela jurídica, a que corresponde a pretensão à tutela jurídica, que, exercendo-se, suscita a ‘ação’. Ora, deduzindo-se in iudicium, há direito deduzido, pretensão deduzida e ação deduzida; não direito à pretensão, nem direito à ação. Direito de ação seria o direito de ‘ação’, direito e pretensão à tutela jurídica, que, exercendo-se, suscita a ‘ação’. Ora, se não se têm, rente à vida jurídica, os olhos, se não se chega a noções claras, tudo se confunde e embaralha, com prejuízo para a ciência e para a justiça. O direito à tutela jurídica, com a sua pretensão e o exercício dessa pela ‘ações’, é direito, no mais rigoroso e preciso sentido; o Estado não é livre de prestar, ou não, a prestação jurisdicional, que prometeu desde que chamou a si tutela jurídica, a justiça”. (PONTES DE MIRANDA, F. C. Obra citada, p. 482)

Com o monopólio da jurisdição, e consequente proibição da autotutela, cabe ao credor exercer sua pretensão à tutela jurídica, provocando o Estado para que desempenhe a atividade jurisdicional a que se obrigou e preste a respectiva tutela. O exercício da ação processual é tanto o agir, como o exigir que o Estado aja, prestando a tutela jurídica. Por esta razão, muitos doutrinadores rechaçam a idéia de ação de direito material, pois, proibida a autotutela, tal categoria teria desaparecido ou mesmo sido substituída pela ação processual¹¹¹.

Aliás, a separação entre o direito material e o direito processual resta consolidada na Ciência Jurídica desde a célebre polêmica Windscheid x Muther no século XIX, a qual acabou por reconhecer a autonomia do direito de ação em relação ao direito material.

Até esse embate, prevalecia a idéia de que a ação seria uma qualidade de todo direito, ou o próprio direito reagindo a uma violação, de modo que a ação seria um simples capítulo do direito substancial (teoria civilista ou imamentista)¹¹². A polêmica travada entre Windscheid e Muther acabou demonstrando a autonomia do direito de ação em relação ao direito lesado¹¹³, o que possibilitou o desenvolvimento de inúmeras outras teorias que visavam confirmar tal separação.

Degenkolb, na Alemanha, e Plósz, na Hungria, defendiam que o direito de ação seria autônomo e abstrato, isto é, que existiria independentemente do reconhecimento do direito material. A ação existiria tanto no caso de a sentença negar a pretensão do autor, quanto na hipótese de acolhê-la mesmo sem que existisse na realidade o direito material. Para Degenkolb, bastaria que o autor mencionasse um interesse seu protegido em abstrato pelo

¹¹¹ “A suposição, que a doutrina faz, de que a ação de direito material haja desaparecido para dar lugar à ‘ação’ processual contém um defeito lógico tão evidente que dificilmente seria explicável sem levar-se em conta o profundo comprometimento da doutrina processual com a ideologia social então dominante. Com efeito, dizer, como o fez PEKELIS (Azione, p. 34), que a primitiva actio se teria transformado numa ‘não-ação’, com a criação do Estado romano e o consequente monopólio da jurisdição, passando a significar o seu contrário, apenas porque o titular do direito subjetivo não mais podia realizá-lo pessoalmente, tendo de valer-se, ante a resistência do obrigado, de uma idêntica atividade realizadora, a ser praticada pelo magistrado, sob o ponto de vista lógico, seria tão absurdo como, por exemplo, afirmar, no domínio do direito comercial, que o contrato de comissão fizera desaparecer a compra e venda mercantil! Apenas porque o comitente, em vez de vender, limita-se a fazer vender. O que ocorre, na verdade - e aqui reside a razão de todo o equívoco -, é que a atividade jurisdicional do Estado não se limita à ‘certificação’ da existência do direito, senão que deve igualmente realizá-lo, praticando rigorosamente a mesma atividade que antes proibira ao particular, o que significa que ação de direito material, longe de desaparecer ou se substituída pela ‘ação’ processual, simplesmente, verificado o monopólio da jurisdição, passou a ser exercida pelos órgãos estatais”. (SILVA, O. A. B. Obra citada, p. 84)

¹¹² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, p. 266.

¹¹³ Vide *supra*, item 1.2.1.

direito para que houvesse ação¹¹⁴. Plósz, de forma semelhante, defendia que o direito de ação exigia apenas a boa fé do autor da demanda¹¹⁵.

Partindo dessas idéias, outras teorias foram desenvolvidas. Alfredo Rocco, na Itália, sustentava que o interesse tutelado pelo direito (em abstrato) seria o interesse principal, enquanto que o direito à tutela desse pelo Estado, seria o secundário. Para que houvesse ação, desta forma, bastaria que o autor mencionasse um interesse primário protegido pelo Estado¹¹⁶.

Mortara, também na Itália, colocava-se ao lado das conclusões de Degenkolb e Plósz, mas ao contrário desses, afirmava que a ação estaria fundada na simples afirmação da existência de um direito, não sendo necessário que o autor a exercesse conscientemente (Degenkolb) ou de boa-fé (Plósz)¹¹⁷. Couture, no Uruguai, concebia a ação integrada na categoria constitucional do direito de petição¹¹⁸.

Adolf Wach, na Alemanha, elaborou a teoria do direito concreto à tutela jurídica tomando em consideração especialmente a ação declaratória. Para o jurista, a ação se dirige contra o Estado, obrigando-o a conceder a proteção jurídica, e também contra o adversário, do qual se exige a sujeição. Todavia, como a tutela jurídica somente poderia ser prestada por meio da proteção concreta, a ação apenas existiria quando a sentença fosse favorável. Quando a sentença fosse de procedência, a tutela jurídica seria prestada ao autor, quando fosse de improcedência, ao réu¹¹⁹.

A essa teoria filia-se Chiovenda. Para ele, a ação seria um direito potestativo, ou seja, um direito que tem como conteúdo não uma obrigação alheia, mas a sujeição do adversário. A ação é voltada contra o adversário, visando a atuação da vontade concreta da lei, motivo pelo qual é condicionada à existência do direito (sentença favorável)¹²⁰.

Enrico Tullio Liebman formulou diferenciada teoria no ano de 1949. Defendia que o direito de ação garantido constitucionalmente (direito de acesso aos tribunais) não tinha nenhuma relevância para o processo, constituindo apenas o fundamento do direito de ação em sentido processual.

Para Liebman, a função jurisdicional somente seria exercida quando o juiz pronunciasse uma sentença sobre o mérito da questão, fosse favorável, fosse desfavorável ao autor. A ação consistiria no direito ao julgamento do mérito, sendo necessário, para tanto, que

¹¹⁴ CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. Obra citada, p. 268.

¹¹⁵ MARINONI, Luis Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria geral do processo*, vol. 1, p. 163.

¹¹⁶ CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. Obra citada, p. 268.

¹¹⁷ MARINONI, L. G. Obra citada, p. 164.

¹¹⁸ CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. Obra citada, p. 268.

¹¹⁹ MARINONI, L. G. Obra citada, p. 165.

¹²⁰ SILVA, O. A. B. Obra citada, p. 96

estivessem presentes as condições da ação, definidas por Liebman, a princípio, como legitimação, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. Esta última foi posteriormente abandonada pelo autor¹²¹.

Encerrando este item, cabe discorrer ainda sobre a classificação das ações segundo a natureza da tutela esperada do órgão jurisdicional. Tradicionalmente, as ações eram classificadas em declaratórias, constitutivas e condenatórias, mas, principalmente após a edição da Lei nº 11.232/05 (lei do cumprimento de sentença) a classificação quártupla, proposta por Pontes de Miranda¹²², ganhou maior importância.

A ação declaratória (pura) é aquela que se destina apenas a declarar a certeza da existência ou inexistência da relação jurídica controvertida, ou a autenticidade ou falsidade de um documento (art. 4º, CPC). A ação constitutiva, além da declaração do direito, cria, modifica ou extingue um estado ou relação jurídica material. A ação condenatória, além da declaração do direito, busca a formulação de um comando que imponha uma prestação a ser cumprida pelo réu, ou seja, tende à formação de um título executivo¹²³.

A ação condenatória pode ser desdobrada ainda em: ação mandamental, tendente a obter uma ordem judicial (mandado) dirigido a outro órgão do Estado ou a particulares; e ação executiva *lato sensu*, voltada a uma sentença de mérito como a condenatória, mas que legitima a parte a executar o julgado nos próprios autos em que a sentença foi proferida. A lei do cumprimento de sentença praticamente eliminou do processo civil brasileiro as ações condenatórias puras¹²⁴.

3.3. EXCEÇÃO.

Contraposta à noção de pretensão existe a exceção, direito que se tem de impedir a eficácia de um direito subjetivo (pretensão, ação ou exceção) de outrem. Funciona como um contradireito, um direito negativo, que não nega a existência, nem a validade, nem elimina o direito (pretensão, ação ou exceção) de outrem, apenas encobre-lhe a eficácia, impedindo que produza os respectivos efeitos contra o sujeito passivo¹²⁵. Tanto não desaparece, que o pagamento de dívida prescrita não dá ensejo à *conditio indebeti*¹²⁶.

¹²¹ MARINONI, L. G. Obra citada, p. 169.

¹²² PONTES DE MIRANDA, F. C. Obra citada, p. 483.

¹²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. 1, p. 74.

¹²⁴ CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. Obra citada, p. 231.

¹²⁵ “A exceção é a possibilidade jurídica de prevalecimento da eficácia de algum direito sobre a de outro, ‘encobrendo-a’. De ordinário, vai contra a pretensão; porém seria erro dizer-se que é poder de denegar-se o cumprimento de pretensão. Primeiro, porque pode ir contra a compensação, que é exercício de direito formativo, ou contra outra exceção. Segundo, contra exceções independentes” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. VI, p. 07). “A exceção pode contrapor-se: a) à eficácia do

A exceção depende ainda da existência e subsistência do direito (pretensão, ação ou exceção), bem como da sua alegação pelo devedor, em juízo ou fora dele, de modo que, optando por não argui-la, não pode o magistrado reconhecê-la de ofício. O depender da vontade do devedor lhe é essencial¹²⁷.

Ao contrário das ações que podem ser declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais ou executivas, as exceções são sempre declaratórias. A sentença que as acolhe, ou rejeita, apenas declara a existência ou inexistência do *ius exceptionis*¹²⁸.

A exceção não se confunde com a defesa (ou objeção), pois esta, ao contrário daquela, corta, elide, nega o direito (pretensão, ação ou exceção), e não apenas encobre a eficácia, razão pela qual uma vez acolhida a defesa, não se pode mais pensar na existência do direito (pretensão, ação ou exceção)¹²⁹.

As exceções podem ser dependentes ou independentes, peremptórias ou dilatórias, e pessoais ou impessoais. As exceções dependentes (ou não-autônomas) existem e estão ligadas ao direito (ou pretensão) de que provém, motivo pelo qual, extinguem-se com a extinção deste (p. ex., as exceções do usufrutuário, pelo usufruto, e do locador, pela posse imediata, durante a locação)¹³⁰. As independentes (ou autônomas) existem por si mesmas, sua existência não está ligada a do direito. A exceção de prescrição é independente, pois é o conteúdo imediato do direito de excepcionar¹³¹.

As exceções dilatórias encobrem a eficácia apenas temporariamente, por isso, uma vez cessada, a pretensão volta a produzir efeitos e ser exigível. As peremptórias encobrem a eficácia permanentemente, o que não significa, todavia, que excluam o direito

direito, como a exceção non adimpleti contractus; b) à eficácia da pretensão, como a de prescrição; c) só à ação, como a exceção de coisa julgada; ou d) à exceção". (PONTES DE MIRANDA, F. C. Obra citada, p. 16)

¹²⁶ Código Civil; Art. 882: "Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível".

¹²⁷ PONTES DE MIRANDA, F. C. Idem, p. 11.

¹²⁸ PONTES DE MIRANDA, F. C. Idem, p. 06.

¹²⁹ "Assim, a alegação do réu de que é usufrutuário, credor pignoratício ou anticrético, ou usuário, é defesa: ou o autor a admite, ou não admite; o juiz tem de julgar improcedente a ação de reivindicação contra o titular de direito real, que não pretendia negar o direito do proprietário, nem alienou o bem do usufruto. Não é a posse que ele invoca; é o direito real. A eficácia dêsse não encobre a do direito de propriedade; elide-a, nega-a, exclui-a, no que se lhe tirara". (PONTES DE MIRANDA, F. C. Idem, p. 19)

¹³⁰ As exceções não estão sujeitas à prescrição: "Por sua natureza de posterius, a exceção não poderia ser sujeita a prescrição; pois seria combater-se a inatividade de quem ainda não poderia exercer o direito de excetuar: toda exceção, para e opor, supõe que se exerça o direito, ou a pretensão, ou a ação, ou a exceção. Não se pode excepcionar quando se quer, e sim quando alguém avança contra o que tem o *ius exceptionis*. Destarte, a exceção não prescreve; se só é fundada em alguma pretensão, que prescreve, com ela pode extinguir-se. A distinção entre exceções independentes ou autônomas e exceções dependentes ou não-autônomas ganharia, aqui, todo relevo prático. Só se extinguiriam como prescrição da pretensão, de que provém, as exceções dependentes, porque, por definição, dependem daquela". (PONTES DE MIRANDA, F. C. Idem, p. 24)

¹³¹ PONTES DE MIRANDA, F. C. Idem, p. 12.

(pretensão, ação ou exceção), mas, tão somente, que a eficácia restará encoberta eternamente (como, p. ex., a exceção de prescrição)¹³².

As exceções pessoais dirigem-se somente contra o credor, e apenas o devedor pode delas se valer. As impessoais transmitem-se aos sucessores do titular originário e dirigem-se contra os sucessores da pessoa contra quem se dirigiam, como por exemplo a exceção de prescrição¹³³.

Cabe salientar também que, no âmbito do direito processual, é corrente a distinção entre exceções e objeções (estas em nada se assemelham com as objeções referidas por Pontes de Miranda). As objeções seriam aquelas defesas que o juiz pode conhecer independentemente da arguição do réu, como as de incompetência absoluta, coisa julgada, ausência das condições da ação etc. As exceções referir-se-iam às defesas que somente podem ser conhecidas quando alegadas pela parte beneficiada, como as de incompetência relativa, de suspeição, de vícios de vontade etc.¹³⁴.

A prescrição sempre foi considerada uma exceção à disposição do devedor para se opor à pretensão do credor, podendo ser utilizada de acordo com a sua conveniência e oportunidade, uma vez que para ser conhecida pelo magistrado precisava ser alegada pelo respectivo beneficiário¹³⁵. Todavia, a Lei nº 11.280/06, quebrando com essa tradição, revogou o artigo 194 do Código Civil e alterou a redação do artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil, permitindo ao juiz conhecer de ofício a prescrição, mesmo antes da citação do réu.

Até então, a declaração da prescrição dependia da anterior alegação dessa defesa pelo réu, salvo no caso dos absolutamente incapazes, em favor dos quais a prescrição poderia ser conhecida de ofício, posto que o direito patrimonial seria, na hipótese, indisponível¹³⁶. Com a reforma, não obstante, em qualquer hipótese a prescrição passou a ser pronunciável de ofício.

¹³² PONTES DE MIRANDA, F. C. Idem, p. 14.

¹³³ PONTES DE MIRANDA, F. C. Idem, p. 15.

¹³⁴ CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. Obra citada, p. 291.

¹³⁵ “A prescrição não é alegável de ofício, porque resulta isso da natureza mesma das exceções”. (PONTES DE MIRANDA, F. C. Obra citada, p. 17)

¹³⁶ Código Civil; Art. 194: “O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz”. As Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Superior Tribunal de Justiça formularam dois enunciados sobre o referido artigo. Enunciado nº 154: “O juiz deve suprir de ofício a alegação de prescrição em favor do absolutamente incapaz”. Enunciado nº 155: “O art. 194 do Código Civil de 2002, ao permitir a declaração ex officio da prescrição de direitos patrimoniais em favor do absolutamente incapaz, derogou o disposto no § 5º do art. 219 do CPC”. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código civil comentado, p. 358)

Tal reforma legislativa provocou questionamentos por parte da doutrina acerca da compatibilidade desse novo poder atribuído ao magistrado com o sistema clássico da prescrição definido pelo direito material.

Apesar das críticas, observa-se que a estrutura da prescrição definida pelo direito substancial permaneceu hígida, pois a disciplina sistemática positivada no Código Civil conservou-se íntegra. Vede que o conceito e natureza da prescrição não foram quebrados, uma vez que continua a dizer respeito a direitos patrimoniais disponíveis, bem como permanece a faculdade de o devedor renunciá-la (art. 191 e 882, CC), o que preserva sua característica de disponibilidade.

O que em verdade a reforma provocou foi a alteração do mecanismo de funcionamento da prescrição em juízo, isso em razão da aspiração do legislador de acelerar a resolução dos processos em andamento, ambição essa que, aliás, vem orientando as recentes alterações legislativas. Melhor do que propor a revogação da referida lei, e o retorno da sistemática anterior, talvez seja buscar a compatibilização desses dispositivos para que, respeitando o direito do devedor de dispor de seu próprio patrimônio, possa o juiz, após verificar a consumação e permitir a manifestação das partes, pronunciar a prescrição e extinguir o processo.

3.4. RENÚNCIA DA PRESCRIÇÃO.

A renúncia é o ato pelo qual o titular de um direito dele se desfaz, consistindo em um modo geral de extinção de direitos¹³⁷. No caso específico da prescrição, é o ato pelo qual o prescribente se despoja do direito de invocá-la. Diz o artigo 191 do Código Civil que *“a renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição”*.

Constitui, portanto, declaração unilateral de vontade, não sujeita a exigências de forma, que por equivaler a um ato de liberalidade (pois quando consumada a prescrição, passa a integrar o patrimônio do devedor) exige agente capaz. A renúncia pelo titular absolutamente incapaz é nula, pelo titular relativamente incapaz, anulável.

¹³⁷ AMARAL, F. Obra citada, p. 571.

A renúncia à prescrição pode ser realizada judicial ou extrajudicialmente e, uma vez concretizada, não faz reviver a obrigação, que nunca deixou de existir, mas torna-a novamente exigível, eficaz¹³⁸.

De outro vértice, a renúncia apenas é admitida se realizada, sem prejuízo de terceiros (credores), depois de consumada. Veda a lei a chamada renúncia prévia, aquela realizada mesmo antes do nascimento da pretensão, pois interessando a prescrição para a segurança jurídica e estabilidade das relações jurídicas, não podem as partes alterar os prazos prescricionais ou mesmo afastar a possibilidade de prescrição. Vede que a renúncia prévia não é nula, nem simplesmente ineficaz, é inexistente, não ingressa no mundo jurídico, e qualquer decisão judicial nesse sentido é declaratória e não constitutiva negativa¹³⁹.

A renúncia pode ser expressa ou tácita. Renúncia expressa é aquela resultante de ato inequívoco do devedor, para a qual não se exige forma especial. Tácita “*é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição*”, como o pagamento de dívida prescrita (art. 882, CC), a oferta de garantias ao credor, o pedido de prazo para pagamento, a novação etc.

A Lei nº 11.280/06, apesar de ter permitido ao magistrado pronunciar de ofício a prescrição, não retirou do devedor o direito de renunciá-la, pois considerando que a renúncia não implica no reconhecimento do crédito¹⁴⁰, pode o devedor preferir uma sentença de improcedência que declare a inexistência, a invalidade ou até a anterior extinção da obrigação pelo pagamento da dívida.

Nesse sentido o Enunciado nº 295 da Quarta Jornada de Direito Civil promovida pelo Superior Tribunal de Justiça: “*A revogação do artigo 194 do Código Civil pela Lei nº 11.280/06, que determina ao juiz o reconhecimento de ofício da prescrição, não retira do devedor a possibilidade de renúncia admitida no artigo 191 do Código Civil*”.

¹³⁸ “É erro dizer-se (e. g., A. de ALMEIDA OLIVEIRA, *A Prescrição*, 279), que a renúncia à prescrição faz reviver a obrigação. Com a prescrição, não se extinguiu a pretensão e, pois, não morreu a obrigação: ambas continuaram. Pretensão e obrigação são efeitos; a prescrição só se passa no plano da eficácia: torna-a encobrível; alegada, encobre-a. com a renúncia, o devedor fá-la não encobrível. Por isso mesmo, o devedor que paga a dívida não pode repetir o pagamento: tornou não encobrível a eficácia do fato jurídico, ou a descobriu, se já alegada, e ao mesmo tempo solveu a dívida, ou satisfaz a pretensão. O que apenas renuncia à prescrição faz inencobrível a eficácia; e deixa para momento posterior solver a dívida ou satisfazer a pretensão”. (PONTES DE MIRANDA, F. C. Obra citada, p. 273)

¹³⁹ PONTES DE MIRANDA, F. C. Idem, p. 269

¹⁴⁰ “Quem renuncia à prescrição nem por isso reconhece; pode mesmo ter interêsse em que se decida sobre a existência ou validade do negócio jurídico, ou sobre a existência do direito ou da pretensão. A própria renúncia válida, posterior ao nascimento da exceção de prescrição, não contém reconhecimento, nem importa em reconhecimento: e. g., se o devedor deixa de exercer a exceção, renuncia a ela, porém de modo nenhum se pode dizer que, com isso, reconheceu o direito do autor”. (PONTES DE MIRANDA, F. C. Idem, p. 272)

Por esta razão, subsistindo o caráter disponível da prescrição, deve o juiz possibilitar o exercício desse direito para não tornar sem eficácia o artigo 191 do Código Civil, intimando, para tanto, o devedor previamente.

Embora seja uma exceção de direito material, pode o juiz pronunciar de ofício a prescrição. Tem, todavia, de dialogar previamente com o demandado a fim de colher eventual renúncia à prescrição. Consoante já se decidiu, “a regra do art. 219, § 5º, do CPC pressupõe a convocação do demandado que, apesar de presente à ação, pode pretender adimplir a obrigação natural” (STJ, 1ª Turma, AgRg no Ag 736.990/MG, rel. Min. Luiz Fux, j. em 03.05.2007, DJ 31.05.2007, p. 335). Não sendo o caso, cumpre-lhe sentenciar sobre o mérito da causa (art. 269, IV, CPC). O diálogo prévio com o demandado supre a necessidade de sua comunicação posterior (art. 219, § 6º, CPC)¹⁴¹.

No mesmo sentido a lição de NERY: “*Renúncia e reconhecimento da prescrição ex officio. O juiz, antes de pronunciar de ofício a prescrição (CPC 219 § 5.º, com a redação dada pela L 11280/06), deverá observar se houve ou não renúncia à prescrição pelo réu*”¹⁴².

Desta forma, a fim de se conservar a eficácia do artigo 191, mantendo-se a possibilidade de o devedor renunciar judicialmente a prescrição, mister que esta somente seja pronunciada de ofício após a intimação (ou citação, se ainda não ocorreu) do devedor, para que o mesmo manifeste a intenção de renunciá-la, ou não. Conservar-se-ia, assim, o caráter disponível da prescrição consagrado pelo direito material¹⁴³.

3.5. CAUSAS DE IMPEDIMENTO, SUSPENSÃO E INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL.

O Código Civil disciplina causas em que o curso da prescrição é obstado por fatores diversos, as quais conservam a exigibilidade do direito subjetivo íntegra, bem como impedem o devedor de invocar essa exceção contra o credor. Esses fatores são classificados em causas de impedimento, suspensão e interrupção, estando disciplinadas dos artigos 197 a 204.

Impedimento da prescrição é o obstáculo ao curso do respectivo prazo, antes do seu início. Não permite sequer que o prazo comece a correr. Já a suspensão da prescrição consiste na cessação temporária do curso do prazo prescricional, sem prejuízo, todavia, do

¹⁴¹ MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, p. 224.

¹⁴² NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A.. Obra citada, p. 357.

¹⁴³ Nesse sentido: CASSETARI, Christiano. *As novas regras de prescrição após a Lei 11.280/06*, p. 583.

tempo já decorrido. Resulta de fato ocorrido após o início do curso da prescrição, obstando o decurso normal do prazo¹⁴⁴.

O princípio que rege a suspensão é a consideração de que certas pessoas em determinadas situações ficam impossibilitadas de agir e exercer seus direitos, seja como consequência de uma determinação legal, seja por motivo de força maior, seja por convenção¹⁴⁵. Por esta razão, não sanciona o direito o titular que não exerce o respectivo direito naquelas hipóteses previstas em lei, de modo que contra *non valentem agere non currit praescriptio*¹⁴⁶.

Suspensão e impedimento são categorias da mesma natureza, de modo que, apesar de comportarem alguma diferenciação técnica, podem ser agrupadas em um mesmo complexo de normas jurídicas. Tanto é assim, que o Código Civil não diferencia as duas noções, disciplinando-as na mesma seção (arts. 197 a 201).

Preceitua o artigo 197 do Código Civil que:

Art. 197. Não corre a prescrição:

I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal;

II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar;

III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.

Razões de ordem moral determinam que o prazo prescricional seja impedido nessas situações, pois as pessoas referidas no artigo cultivam, ou ao menos devem cultivar, um vínculo afetivo mais profundo, o que dificultaria ou impediria a uma delas defender seu direito.

O artigo 198 ordena que contra certas pessoas que, em virtude de uma circunstância a elas peculiar, não possam defender seus direitos de forma zelosa e diligente, não corra a prescrição. Vede que a favor delas a prescrição pode sim correr, motivo pelo qual suas dívidas prescrevem, mas seus créditos conservam-se hígidos¹⁴⁷.

Art. 198. Também não corre a prescrição:

I - contra os incapazes de que trata o art. 3º;

II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios;

III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

¹⁴⁴ AMARAL, F. Obra citada, p. 572.

¹⁴⁵ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, p. 502.

¹⁴⁶ “Não corre a prescrição contra quem não pode agir”. (PEREIRA, C. M. da S. Obra citada, p. 598).

¹⁴⁷ AMARAL, F. Obra citada, p. 572.

No artigo 199 estão previstas hipóteses de impedimento da prescrição, posto que, em verdade, os direitos ainda não são exigíveis, não estão dotados de pretensão, não existindo razão para se falar em prescrição.

Art. 199. Não corre igualmente a prescrição:

I - pendendo condição suspensiva;

II - não estando vencido o prazo;

III - pendendo ação de evicção.

Apesar da independência entre a responsabilidade civil e a criminal¹⁴⁸, a pendência de processo criminal suspende o curso da prescrição da pretensão fundada em fato cuja existência ou autoria deva ser apurada no juízo criminal, dada a prejudicialidade do desfecho desta. A sentença penal condenatória constitui título executivo (art. 475-N, II, CPC), mas somente após o trânsito em julgado da ação penal é que a execução poderá ser iniciada¹⁴⁹.

Por fim, disciplina o artigo 201 que, via de regra, a suspensão da prescrição em favor de um dos credores solidários não aproveita aos demais, salvo se a obrigação for indivisível, seja por sua natureza, seja por motivos econômicos, seja em decorrência da razão determinante do negócio jurídico (art. 258, CC).

As hipóteses de interrupção, por sua vez, estão previstas nos artigos 202 a 204 do Código Civil. Interrupção da prescrição é o fato que impede o fluxo normal do prazo, inutilizando o já decorrido¹⁵⁰. Atualmente, ao contrário do que ocorria no regime do Código Civil de 1916, no qual a prescrição poderia interromper-se quantas vezes ocorresse o fato hábil a produzir tal efeito, a interrupção somente pode ocorrer uma única vez.

Diferentemente da suspensão e do impedimento que decorrem de fatos objetivos, a interrupção depende de fatos subjetivos, isto é, de um ato do credor com a intenção deliberada de obstar a prescrição, inutilizando o tempo já decorrido¹⁵¹.

O artigo 202 enumera seis atos pelos quais a prescrição é interrompida, rol este taxativo, que deve ser interpretado restritivamente¹⁵². As cinco primeiras dependem de uma conduta do credor, já a última a dispensa, em virtude do reconhecimento do direito pelo próprio devedor.

Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

¹⁴⁸ Código Civil; Artigo 935: “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

¹⁴⁹ Código Civil; Artigo 200: “Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva”.

¹⁵⁰ AMARAL, F. Obra citada, p. 574.

¹⁵¹ VENOSA, Sílvio de Saulo. *Direito Civil: Parte Geral*, p. 521.

¹⁵² GOMES, O. Obra citada, p. 501.

- I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;
 - II - por protesto, nas condições do inciso antecedente;
 - III - por protesto cambial;
 - IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;
 - V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;
 - VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.
- Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

Considera-se a prescrição interrompida com o ajuizamento da ação, posto que os efeitos do despacho que tiver ordenado a citação do devedor retroagirão à data daquele, desde que o autor promova a citação nos dez dias subsequentes ao despacho, não podendo ser prejudicado pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário (art. 219, §§ 1º e 3º, CPC)¹⁵³.

De outro vértice, a prescrição não será interrompida se a citação for nula por vício de forma (caso o réu apenas compareça para alegar a nulidade, e essa seja declarada, considera-se feita a citação na data em que ele ou seu advogado for intimado da decisão)¹⁵⁴, bem como se a instância se encontrar perempta.

Qualquer interessado pode promover a interrupção da prescrição, seja o próprio titular do direito, seja um terceiro com legítimo interesse, como o credor do credor contra quem corre a prescrição, e o credor ou titular de um direito potencial, subordinado à condição suspensiva¹⁵⁵.

A interrupção do prazo por um credor não beneficia os demais, assim como se realizada contra um dos devedores, ou seus herdeiros, não prejudica os demais obrigados:

Art. 204. A interrupção da prescrição por um credor não aproveita aos outros; semelhantemente, a interrupção operada contra o co-devedor, ou seu herdeiro, não prejudica aos demais coobrigados.

¹⁵³ “Citação. Eficácia retroativa. No sistema do CPC, a citação é o ato que interrompe a prescrição (CPC 219) e evita a decadência (CPC 220). No sistema do CC, pela literalidade do CC 201 I, a prescrição interrompe-se pelo despacho que a ordenar. Como a parte que agiu não pode ser apenada pela negligência (que não houve), o ajuizamento da ação é causa eficiente para que, proferido o despacho (CC 202 I) ou feita efetivamente a citação (CPC 219), tenha-se por interrompida a prescrição. A aparente antinomia entre o CC 202 I e CPC 219 § 1º deve ser afastada pela interpretação sistemática dos dois dispositivos: qualquer que seja a causa interruptiva da prescrição (despacho ou citação), sua demora pelo funcionamento da máquina judiciária não pode apenar o autor, que agiu e ajuizou a ação antes de esgotado o prazo para o exercício da pretensão de direito material. Em outras palavras, os efeitos interruptivos da prescrição retroagem à data do ajuizamento ou da propositura da ação, conforme determina o CPC 219 § 1º”. (NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A.. Obra citada, p. 359-360).

¹⁵⁴ Código de Processo Civil; Artigo 214, § 2º: “Comparecendo o réu apenas para argüir a nulidade e sendo esta decretada, considerar-se-á feita a citação na data em que ele ou seu advogado for intimado da decisão”.

¹⁵⁵ Código Civil; Artigo 203: “A prescrição pode ser interrompida por qualquer interessado”.

§ 1º A interrupção por um dos credores solidários aproveita aos outros; assim como a interrupção efetuada contra o devedor solidário envolve os demais e seus herdeiros.

§ 2º A interrupção operada contra um dos herdeiros do devedor solidário não prejudica os outros herdeiros ou devedores, senão quando se trate de obrigações e direitos indivisíveis.

§ 3º A interrupção produzida contra o principal devedor prejudica o fiador.

Entretanto, caso se trate de obrigação solidária, a situação se inverte, de modo que a interrupção realizada por um dos credores solidários a todos aproveita e, quando interrompida contra um dos devedores solidários, contra todos será oponível. Se operada contra um dos herdeiros do devedor solidário, somente prejudicará os demais caso se trate de obrigações e direitos indivisíveis.

4. EFEITOS DA REFORMA NO SISTEMA CLÁSSICO DA PRESCRIÇÃO.

4.1. NATUREZA DA PRESCRIÇÃO.

Como ressaltado, a Lei nº 11.280/06, no intuito de contribuir para a aceleração da resolução dos processos, permitiu ao magistrado conhecer de ofício a prescrição mesmo antes da citação do réu (art. 219, § 5º, CPC). Tal reforma suscitou, todavia, além do questionamento em torno da própria adequação com o sistema tradicional da prescrição, a dúvida sobre a transformação ou não dessa exceção em matéria de ordem pública. NERY é taxativo em dizer:

Decretação da prescrição *ex officio*. O CPC 219 § 5º, com a redação dada pela L 11280/06 (DOU 17.2.2006), determina ao juiz que proclame a prescrição sem necessidade de provocação da parte: “§ 5º. O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”. Trata-se de norma cogente, que obriga o juiz a agir de ofício. A prescrição, que antes era matéria de direito dispositivo, transmutou-se para matéria de ordem pública¹⁵⁶.

As matérias previstas no artigo 301 do Código de Processo Civil¹⁵⁷, por afetarem os requisitos de constituição ou desenvolvimento válido e regular do processo, podem ser conhecidas ofício pelo juiz, pois o interesse público envolvido nessas questões é evidente. Somente o juízo arbitral escapa dessa regra, devendo ser arguido por uma das partes (art. 301, § 4º, CPC¹⁵⁸).

No que se refere à prescrição é inegável que o instituto foi concebido no intuito da garantir a segurança jurídica e a estabilidade nas relações sociais, evitando que um litígio fique pendente indefinidamente. A insegurança decorre justamente da possibilidade de ser a ação proposta a qualquer momento, de o credor vir a exigir depois de um longo período uma prestação inadimplida, quando o devedor já não tenha mais recursos para se defender, perdidos que o foram pelo decurso do tempo¹⁵⁹.

Tanto é assim que as partes envolvidas na relação jurídica não podem alterar o conteúdo da prescrição, pois antes de consumada, não pode ser renunciada, já que não haveria o que renunciar (art. 191, CC), tanto pouco é permitida a dilação ou redução do prazo, uma

¹⁵⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*, p. 358.

¹⁵⁷ Código de Processo Civil; Artigo 301: “Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: I - inexistência ou nulidade da citação; II - incompetência absoluta; III - inépcia da petição inicial; IV - perempção; V - litispendência; VI - coisa julgada; VII - conexão; VIII - incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização; IX - convenção de arbitragem; X - carência de ação; e XI - falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar”.

¹⁵⁸ Código de Processo Civil; Artigo 301, § 4º: “Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo”.

¹⁵⁹ Vide *supra*, item 1.3.

vez que não podem os particulares declarar, por vontade própria, uma pretensão imprescritível (art. 192, CC).

Todavia, embora seja a prescrição instituto de ordem pública, voltado para a proteção do interesse público, deve ser reconhecido que, de forma principal e imediata, o que se ampara é o interesse do sujeito passivo e, somente secundária e mediatemente, o interesse geral¹⁶⁰. Vede que a prescrição atinge direitos patrimoniais disponíveis e, apesar de seu conteúdo ser inalterável por convenção das partes, pode ser renunciada pelo devedor, o que resguarda seu caráter disponível.

Desta forma, apesar de a Lei nº 11.280/06 ter ampliado os poderes do magistrado, não transformou a prescrição em matéria de ordem pública, uma vez que a estrutura do instituto definida no Código Civil permaneceu íntegra.

Observe-se que as demais matérias consideradas como de ordem pública, relacionadas aos pressupostos de existência, validade e eficácia do processo, são normas de absoluta cogência que não atribuem às partes qualquer possibilidade de disposição, e nem permitem ao Judiciário adequá-las para prosseguir o procedimento.

A prescrição, por sua vez, tem como uma das suas características principais a disponibilidade, daí a possibilidade de ser renunciada pelo devedor, por ato unilateral de vontade, de acordo com a sua conveniência. Ademais, até mesmo tacitamente pode ser renunciada, quando, p. ex., o devedor paga dívida prescrita, o que não lhe dá direito a uma ulterior repetição. Ainda que prescrita, tem o credor o direito de reter o pagamento caso o devedor promova o pagamento da dívida.

Por esta razão, deve-se diferenciar o interesse público da ordem pública. As matérias de ordem pública são aquelas de importância tal, que o legislador retirou dos particulares qualquer possibilidade de disposição, constituindo normas cogentes, estruturantes do sistema, que não podem ter a incidência afastada pelas partes. O interesse público estará, invariavelmente, presente em todas as regras, com maior ou menor intensidade, dependendo dos interesses em jogo. Existem matérias em que o interesse público é evidente, mas que nem por isso deixarão de ser disponíveis, como a prescrição¹⁶¹.

Assim, considerando que persiste o direito de renúncia da prescrição do devedor, a reforma processual não teve o condão de alterar a natureza do instituto, transformando-o em matéria de ordem pública (pelo menos não conforme o regime previsto

¹⁶⁰ AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*, p. 566.

¹⁶¹ Nesse sentido: MAZZEI, Rodrigo. *A prescrição e a sua pronúncia de ofício: Qual a extensão da revogação do art. 194 do Código Civil?*, p. 554.

para as demais matérias do artigo 301 do CPC), dado o caráter disponível de que se reveste¹⁶². Deve o magistrado, portanto, antes de pronunciar a prescrição, respeitar o direito de o devedor renunciar a prescrição (e do credor provar que houve a renúncia extrajudicial, se for o caso), intimando as partes antes de decidir.

4.2. A REFORMA E O CONTRADITÓRIO.

O contraditório é uma garantia constitucional assegurada a todos os litigantes, seja em processo judicial, seja em processo administrativo¹⁶³, consistente na necessidade de o magistrado ouvir as partes perante as quais será proferida a decisão, garantindo-lhes o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o processo¹⁶⁴.

Tal princípio encontra guarida no brocardo romano *audiatur et altera pars*¹⁶⁵, vinculando-se diretamente ao princípio maior da igualdade substancial, essencial ao processo dialético, que somente será respeitado se for conferido à parte o direito de, além de se manifestar sobre as alegações e atos praticados pelo adversário e pelo juiz, produzir prova em contrário¹⁶⁶.

Por força do dever de imparcialidade, deve o magistrado se manter a uma distância equidistante das partes, garantindo-lhes o direito de expor suas alegações e produzir as respectivas provas para influir no convencimento do julgador. Assim, nesse processo dialético, antes de serem antagônicas, as partes são “colaboradores necessários”, pois apesar de agirem no processo no interesse próprio, as suas ações combinadas auxiliam a Justiça na eliminação do conflito que os envolve¹⁶⁷.

¹⁶² “Há no entanto, situações especialíssimas em que o legislador optou por transformar a prescrição em matéria de ordem pública, impedindo a sua disponibilidade, notadamente por meio de renúncia. No sentido, muito antes da reforma processual inserida pela Lei 11.280/06, a Lei 8.112/1990 (que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e fundações públicas federais), cuida da prescrição como matéria de ordem pública, ao dispor em seu art. 112: “A prescrição é de ordem pública, não podendo ser relevada pela administração”. Observe-se no particular que se trata de norma específica, para determinado microssistema. Aqui, no art. 112 da Lei 8.112/1990, o legislador buscou expressamente alcançar a célula material, pois, ao dispor que a prescrição não pode ser ‘relevada’, impediu a administração de optar pela renúncia, bem como de exercer qualquer outro ato de disponibilidade que se encontre na esfera do direito material e não da relação jurídica processual. Neste caso, não há dúvida de que a prescrição será tratada como objeção”. (MAZZEI, R. Obra citada, p. 556).

¹⁶³ Constituição Federal; Artigo 5º, LV: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

¹⁶⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. 1, p. 32.

¹⁶⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, p. 62.

¹⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, H. Obra citada, p. 32.

¹⁶⁷ CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. Obra citada, p. 62.

A garantia do contraditório é consubstanciada no binômio informação-reação (esta última possibilitada meramente nos casos de direitos disponíveis), acarretando três consequências básicas: 1) a sentença somente afetará as pessoas que foram parte no processo ou seus sucessores; 2) só há relação processual completa após a regular citação do demandado; e 3) toda decisão apenas pode ser proferida após a audiência de ambas as partes¹⁶⁸.

Ao contrário da grande maioria dos princípios processuais, o contraditório é absoluto, não admite exceções, e a sua não observação acarreta a nulidade do processo. O princípio, desta forma, é dirigido tanto às partes quanto ao próprio juiz, que mesmo naquelas hipóteses em que possa conhecer de ofício a questão (como é o caso hoje, na prescrição) deverá respeitá-lo, dando a oportunidade aos litigantes de se manifestar e de tentar influir na solução da controvérsia¹⁶⁹⁻¹⁷⁰.

A garantia do contraditório, imposta pela Constituição com relação a todo e qualquer processo – jurisdicional ou não (art. 5º, inc. LV) – significa em primeiro lugar que a lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o juiz deve franquear-lhes esses meios. Significa também que o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia deste resolve-se portanto em um direito das partes e uma série de deveres ao juiz. É do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz¹⁷¹.

Contudo, não obstante ser um princípio absoluto, que deve ser assegurado em todos os processos a ambas as partes, isso não quer dizer que o contraditório tenha supremacia absoluta sobre os demais princípios.

Destarte, o contraditório pode ser colocado de lado momentaneamente em algumas medidas que sejam indispensáveis à eficácia e efetividade da tutela jurisdicional. No caso de medidas liminares (cautelares ou antecipatórias), a providência jurisdicional é

¹⁶⁸ THEODORO JÚNIOR, H. Obra citada, p. 32.

¹⁶⁹ “*Dispõe o artigo 16 do Código de Processo Civil francês que ‘Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer lui-même le principe de la contradiction... Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations’*” (“o juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório... Ele não pode fundamentar sua decisão em questões de direito que suscitou de ofício, sem que tenha, previamente, intimado as partes para apresentar suas observações”). Isto quer dizer que, mesmo enfrentando questões examináveis de ofício, tem o juiz o dever de, previamente, ensejar às partes oportunidade para produzirem suas alegações”. (THEODORO JÚNIOR, H. Idem, ibidem).

¹⁷⁰ O poder de decisão do juiz, sem qualquer contraditório também não é adotado no Código de Processo Civil português, que expressamente prevê no nº 3 de seu artigo 3º: “*O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo em caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito e de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas de pronunciarem*”. (MAZZEI, R. Obra citada, p. 562).

¹⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 220.

deferida a uma das partes mesmo antes da defesa da outra, para que essa imediata proteção do interesse da parte garanta a eficácia do processo após a decisão final da lide. Todavia, uma vez cumprida a medida, deverá ser garantida à parte contrária a possibilidade de se defender e, se for o caso, de obter a reversão da providência liminar.

Vede que essas medidas de urgência não eliminam o contraditório, apenas o postergam para um momento anterior, pois o provimento jurisdicional final somente poderá ser tomado após o completo exercício do contraditório e da ampla defesa¹⁷².

O contraditório, embora não possa ser eliminado do devido processo legal, poderá ser respeitado ainda que (em se tratando de direitos patrimoniais) não se verifique a contrariedade¹⁷³. Embora não possa o juiz conduzir o processo sem garantir o contraditório, pode a parte exercitá-lo ou não, segundo seu puro alvedrio. Como ninguém é obrigado a se defender, pode a parte dispensar ou renunciar essa garantia. O importante para que se respeite o contraditório é possibilitar à parte o direito de se manifestar sobre as alegações e atos do adversário; o exercício do direito é escolha da parte.

Por estas razões, em homenagem ao princípio do contraditório, antes de pronunciar a prescrição de ofício, deverá o magistrado garantir a manifestação de ambas as partes litigantes, a fim de que possam se defender (no caso do credor) e exercer seus direitos (no caso devedor).

4.2.1. Interesses do devedor.

A reforma promovida pela Lei nº 11.280/06 não modificou o caráter disponível da prescrição¹⁷⁴, permanecendo incólume o direito de o devedor renunciar, expressa ou tacitamente, essa exceção, de acordo com a sua vontade.

Tanto desígnios éticos, como jurídicos, podem determinar a renúncia da prescrição pelo devedor. Pode este, ao invés da exoneração, preferir quitar o débito com o credor ou, caso não deva nada, preferir uma sentença de improcedência do pedido do autor, na qual se reconheça a inexistência, a invalidade ou a extinção da obrigação pelo pagamento do débito.

Por isso, o interesse do devedor em ver garantido o seu direito de renúncia da prescrição transcende a motivação puramente psicológica (desejo de não ser taxado como

¹⁷² THEODORO JÚNIOR, H. Obra citada, p. 32.

¹⁷³ CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. Obra citada, p. 62-63.

¹⁷⁴ Vide *supra*, itens 3.3 e 3.4.

mau pagador), posto que o reconhecimento de que o credor cobra dívida indevida acarreta consequências jurídicas benéficas para o demandado.

O artigo 882 do Código Civil dispõe que “*não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível*”, posto que, ainda que prescrita, a dívida tem causa, não é exigível, mas é devida. Caso o indivíduo esteja sendo demandado por dívida inexistente e o magistrado, sem garantir sua manifestação, pronuncie de ofício a prescrição, retirará do suposto devedor o direito de promover uma eventual ação de enriquecimento sem causa contra o credor, uma vez que na sentença, implicitamente, a existência da dívida será reconhecida.

De tal modo, para que não sofra maiores prejuízos, deverá o demandado renunciar a prescrição detectada pelo magistrado, para que no julgamento final da causa obtenha o reconhecimento da inexistência ou anterior quitação do débito¹⁷⁵.

Outras consequências jurídicas podem advir do reconhecimento de que a cobrança feita pelo credor é indevida. Disciplina o artigo 574 do Código de Processo Civil que “*o credor ressarcirá ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que deu lugar à execução*”.

Tal responsabilidade do exequente é objetiva, independe da existência de dolo ou culpa, e a liquidação dos danos, caso sejam demonstrados pelo executado, pode ser realizada nos próprios autos da execução após o trânsito em julgado da sentença que reconheça a inexistência, no todo ou em parte, da dívida¹⁷⁶. Mas essa penalidade somente será aplicada se a obrigação for declarada inexistente; se for, de outro vértice, declarada prescrita,

¹⁷⁵ “*O que não é devedor pode alegar a prescrição; e a decisão, que acolhe a alegação, não faz coisa julgada quanto à existência da dívida. Para isso, seria de mister que a sentença contivesse julgamento da parte do mérito concernente a existência da dívida, seguindo-se-lhe o da prescrição. É vício lamentável pensar-se em exceção de prescrição somente a favor do que é devedor. A regra jurídica protege os que não são devedores, os que não no são mais, e os que o são*”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. VI, p. 112).

¹⁷⁶ “**1. Responsabilidade do Exequente.** Trata-se de responsabilidade objetiva (arts. 574 e 475-O, I, CPC). É irrelevante, portanto, a existência de dolo ou culpa do exequente para a configuração da sua responsabilidade. Tem o executado de provar os danos que sofreu e o nexo de causalidade. Se os danos foram experimentados por terceiro, idêntica responsabilidade cabe ao exequente, que aí também responderá de maneira objetiva. **2. Pagamento em Dobro ou Pelo Equivalente da Dívida.** O art. 940, CC, aplica-se exclusivamente à demanda que visa à condenação ao pagamento de quantia. Não se aplica à execução, cuja disciplina está no art. 574, CPC. O art. 574, CPC, é norma especial em relação ao art. 940, CC. **3. Apuração dos Danos.** A liquidação dos danos pode ocorrer mediante requerimento nos próprios autos da execução. Não é necessária a propositura de ação condenatória. A ilicitude da execução vai evidenciada desde logo a partir do trânsito em julgado da decisão que declara inexistente, no todo ou em parte, a obrigação que deu lugar à execução. Com o trânsito em julgado há certeza a respeito do ilícito. Cumpre a partir daí apenas discutir o nexo causal e o importe do dano causado, o que pode ocorrer mediante liquidação por arbitramento (art. 475-C, CPC) ou por artigos (art. 475-E, CPC)”. (MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, p. 595-596).

nenhum direito ao ressarcimento dos danos eventualmente causados terá o executado, pois a efetiva existência da dívida nem será analisada.

O mesmo se diga em relação à responsabilidade prevista no artigo 940 do Código Civil. Disciplina o dispositivo que “*aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição*”.

Caso demonstre o demandado a quitação da dívida, sujeitará o autor ao pagamento de verba em seu favor e, inclusive, poderá ser ressarcido pelos danos morais sofridos¹⁷⁷. Para tanto, deverá o réu comprovar também a má-fé do autor¹⁷⁸, bem como manejar reconvenção ou pedido contraposto, ou mesmo ajuizar ação autônoma, para obter o ressarcimento¹⁷⁹. Mas deve ressaltado que somente terá o réu direito a esse ressarcimento se a dívida não for declarada prescrita, razão pela qual poderá ter que renunciar, expressa ou tacitamente, à prescrição consumada para alcançar os efeitos positivos do referido dispositivo.

Desta forma, a declaração da prescrição de forma sumária sem a prévia oitiva do devedor, além de violar o seu direito de dispor do próprio patrimônio, renunciando ou não à prescrição consumada em seu favor, poderá causar a este prejuízos tanto de ordem patrimonial, quanto de ordem extrapatrimonial.

As regras procedimentais que cogitam de pronúncia da prescrição sem condicioná-la à prévia provocação do devedor somente podem ser aplicadas, por este motivo, nos casos em que a lei material considere indisponível o direito patrimonial envolvido (p. ex., no caso da prescrição em favor do absolutamente incapaz ou quando a própria lei substancial determine a declaração de ofício da prescrição, como a Lei das Execuções Fiscais¹⁸⁰, em seu artigo 40, § 4º, no que tange aos créditos tributários)¹⁸¹.

¹⁷⁷ MAZZEI, R. Obra citada, p. 559.

¹⁷⁸ Súmula 159 do Supremo Tribunal Federal: “*Cobrança excessiva, mas de boa fé, não dá lugar às sanções do artigo 1.531 do Código Civil*”. A referência é feita ao Código Civil de 1916, no atual código, o dispositivo correspondente é o artigo 940.

¹⁷⁹ “*Aplicação da penalidade do CC 940. Para tanto, o devedor deverá ajuizar reconvenção ou pedido contraposto, conforme o caso, ou mesmo propor ação autônoma em autos distintos, requerendo a aplicação da dívida em questão*”. (NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A.. Obra citada, p. 632).

¹⁸⁰ “*Justifica-se a decretação ex officio em Direito Tributário porque a prescrição, diferentemente do que se passa com a obrigação civil, apresenta-se como causa de extinção do próprio débito tributário (CTN, art. 156, V), e não apenas como simples faculdade de resistência do devedor. A prescrição tributária, portanto, mais se aproxima da decadência do que propriamente da prescrição civil*”. (THEODORO JÚNIOR, H. Obra citada, p. 411).

¹⁸¹ THEODORO JÚNIOR, H. Idem, p. 410-411.

4.2.2. Interesses do credor.

Para a efetivação do contraditório, mister que, antes de pronunciar a prescrição, o magistrado intime também o credor para que este realize suas alegações a fim de proteger seu crédito. Como a prescrição não é uma causa extintiva que opera automaticamente, e que em regra envolve complexos elementos de fato e de direito, podem existir objeções a favor do autor no que se refere a manutenção da exigibilidade do seu direito.

Oportunizada a manifestação do autor, pode este demonstrar que o devedor renunciou extrajudicialmente a prescrição, ou mesmo indicar a existência de causas impeditivas, suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional, preteritamente ocorridas, aptas a postergar a consumação da exceção.

Além disso, nem sempre o juiz terá condições de, com a simples leitura da inicial, identificar a ocorrência da prescrição, pois fatos não informados pelo autor poderão obstar o fluxo normal do prazo prescricional. Por isso, a certificação da consumação da prescrição poderá ocorrer apenas com o exercício pleno do contraditório.

Aliás, o próprio texto do inc. IV do art. 295 (*caput*) dá a entender que nem sempre será viável o reconhecimento da prescrição (e até da decadência) antes da ouvida do demandado. Nos termos do dispositivo em tela, a petição inicial será indeferida, não em qualquer hipótese de prescrição, mas “quando o juiz verificar, desde logo”, a prescrição. Se, pois, pelas exigências de ordem material, o juiz não tiver condições fático-jurídicas para “verificar, desde logo”, a consumação da prescrição, não poderá indeferir a petição inicial. O tema ficará relegado para estágio ulterior à citação e resposta do réu. Com isso, reduz-se o atrito que a Lei nº 11.280, em hora de má inspiração, criou entre o regime processual e o material, no campo da prescrição das pretensões oriundas de direitos subjetivos patrimoniais disponíveis¹⁸².

Essas circunstâncias apontam para a necessidade da garantia da efetividade do princípio do contraditório, para que o processo dialético presidido pelo juiz em busca da resolução da questão levada pelas partes realmente se realize.

Como a prescrição é uma exceção de direito material referente a direitos patrimoniais disponíveis, sujeita a inúmeras causas de obstrução de seu fluxo normal, mostra-se fundamental a prévia oitiva das partes pelo magistrado antes de pronunciá-la de ofício.

Tal medida acautelatória garante a plena realização do contraditório e da ampla defesa, assim como previne que os interesses das partes sejam violados por uma decisão tomada de forma sumária.

¹⁸² THEODORO JÚNIOR, H. Idem, p. 411.

4.3. MOMENTO PARA A DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO.

A reforma promovida pela Lei nº 11.280/06 também não alterou outra faculdade conferida ao beneficiário da prescrição que é justamente a permissão legal para alegá-la em qualquer grau de jurisdição. Disciplina o artigo 193 do Código Civil que “a prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita”.

Conforme disposto no artigo 303 do Código de Processo Civil¹⁸³, após a contestação somente é possível à parte fazer novas alegações relativas a direito superveniente, se competir ao juiz conhecer delas de ofício ou se existir expressa autorização legal. Vede que a prescrição preenche ao mesmo tempo dois desses requisitos, pois pode ser conhecida de ofício (art. 219, § 5º, CPC) e a lei autoriza sua alegação após a resposta (art. 193, CC), razão pela qual é admissível que seja arguida pela primeira vez até mesmo nas razões ou contra-razões da apelação¹⁸⁴.

Em princípio, todas as defesas de que dispõe o demandado hão de ser manifestadas na contestação, sob pena de preclusão (CPC, art. 300). Não é esse, porém, o regime que se aplica à exceção de prescrição. Por expressa disposição de lei, “a prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita” (art. 193). Está, portanto, essa defesa subtraída ao normal sistema da eventualidade traçado pela lei processual que obriga o réu a concentrar na contestação todas as questões suscetíveis contra a pretensão do autor¹⁸⁵.

Contudo, após o trânsito em julgado da sentença, a prescrição não mais poderá ser invocada pela parte, salvo se a causa extintiva for superveniente à decisão¹⁸⁶, pois restará preclusa em face da coisa julgada e de sua eficácia preclusiva¹⁸⁷.

No que se refere à instância excepcional (recursos perante o STF e STJ), prevalece o entendimento de que a prescrição não pode ser alegada pela primeira vez em sede

¹⁸³ Código de Processo Civil; Art. 303: “Depois da contestação, só é lícito deduzir novas alegações quando: I - relativas a direito superveniente; II - competir ao juiz conhecer delas de ofício; e III - por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo”.

¹⁸⁴ “Processo civil. Alegação superveniente. O réu, a quem aproveita a prescrição, pode alegá-la mesmo depois da contestação, conforme autoriza a norma sob comentário (art. 193, CC) e o CPC 303 III. É admissível a alegação de prescrição, pela primeira vez, nas razões ou contra-razões de apelação”. (NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A. Obra citada, p. 357).

¹⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Código Civil*, p. 203.

¹⁸⁶ Código de Processo Civil; Art. 475-L, VI: “A impugnação somente poderá versar sobre: VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença”; e Art. 741, VI: “Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença”.

¹⁸⁷ “Cessa, contudo, a faculdade de alegá-la (a prescrição) com o trânsito em julgado. A prescrição não pode ser alegada na fase de execução, porque, se o interessado não alegou no processo de conhecimento, tacitamente a ela renunciou”. (VENOSA, Sílvio de Saulo. *Código Civil Interpretado*, p. 218).

de Recurso Extraordinário ou Recurso Especial¹⁸⁸, pois a Constituição Federal exige para o conhecimento desses recursos que a matéria tenha sido efetivamente decidida nas instâncias ordinárias, em única ou última instância (arts. 102, III, e 105, III, CF). Isto é, exige a Carta Magna que a questão tenha sido prequestionada pela parte, não sendo necessário que a decisão recorrida tenha feito expressa referência aos dispositivos (da Constituição ou de lei federal), mas que o Juízo *a quo* tenha efetivamente enfrentado, decidido a controvérsia em torno da questão¹⁸⁹.

Poderá a parte interpor Embargos declaratórios para provocar o juiz ou tribunal de única ou última instância a decidir expressamente a questão, oportunizando o novo julgamento em sede de Recurso Extraordinário ou Recurso Especial¹⁹⁰, posto que, se não o fizer, o recurso não será conhecido¹⁹¹.

Nesse contexto, a reforma legislativa que autorizou o magistrado a conhecer de ofício a prescrição em qualquer hipótese, suscita a dúvida sobre até que grau de jurisdição pode o julgador tomar tal conduta: se somente em instâncias ordinárias ou também perante o STF e STJ e, caso possível em instâncias extraordinárias, se o prequestionamento é realmente necessário.

No que tange ao primeiro questionamento, a possibilidade de conhecimento da prescrição nas instâncias extraordinárias, mesmo que de ofício, parece ser assente na jurisprudência. Todavia, a necessidade, ou não, do prequestionamento da matéria nas instâncias ordinárias, provoca maiores divergências.

Perante o Superior Tribunal de Justiça prevalece o entendimento de que, apesar de a prescrição ser pronunciável de ofício, é necessário o prequestionamento, posto que essa exigência decorreria da própria Constituição. Assim, a Lei nº 11.280/06 não teria o condão de afastar a exigência do prequestionamento, cabendo ao devedor alegar a prescrição nas instâncias ordinárias, para que o recurso perante o STJ possa ser conhecido e a causa extintiva declarada¹⁹².

¹⁸⁸ A prescrição “*pode ser alegada em qualquer tempo porque existe autorização expressa da lei nesse sentido (CC, 193; CPC 303, III). Na instância excepcional (RE ou REsp) não se admite a alagação pela primeira vez, nem de decadência nem de prescrição, porque a CF 102 III e 105 III exige, para a admissibilidade daqueles recursos, que a matéria tenha sido efetivamente decidida na instância ordinária*”. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*, p. 470).

¹⁸⁹ MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D.. Obra citada, p. 556.

¹⁹⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*, p. 358

¹⁹¹ Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal: “É inadmissível o Recurso Extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

¹⁹² Nesse sentido as seguintes decisões: “*Está pacificado nesta Corte que mesmo as matérias passíveis de conhecimento de ofício na instância ordinária, como a prescrição, não dispensam o requisito do prequestionamento para viabilizar o conhecimento do recurso especial, pois essa exigência decorre da*

THEODORO JÚNIOR apresenta interessante posição intermediária quanto a necessidade do prequestionamento para o conhecimento de matérias que podem ser declaradas de ofício. Para tal corrente, basta que o Recurso Especial seja conhecido para que a matéria possa ser apreciada, independentemente de ter sido, ou não, prequestionada nas instâncias ordinárias.

Discute-se sobre ser, ou não, o pré-questionamento condição para que o Superior Tribunal de Justiça examine questão de ordem pública não enfrentada pelo acórdão impugnado por meio de recurso especial, havendo correntes em ambos os sentidos. O entendimento que se coloca numa posição intermediária parece ser o mais razoável: o STJ pode apreciar, de ofício, questão de ordem pública como as condições da ação, desde que tenha sido conhecido o especial, caso em que se deverá aplicar o direito à espécie. O tema incluir-se-ia no efeito devolutivo em profundidade, que abrange os pressupostos do julgamento a ser reexaminado. Esse é, atualmente, o pensamento predominante no STJ, que, entretanto, deve ser entendido *cum grano salis*, para manter fidelidade ao sistema recursal traçado pela Constituição e evitar que o recurso especial se torne palco de uma terceira e ampla instância, o que desfiguraria, por completo, sua função institucional¹⁹³.

Destaque-se, porém, que a apreciação de ofício da questão está condicionada à possibilidade de julgamento do mérito da causa¹⁹⁴, de modo que, caso o fundamento do recurso não leve ao julgamento do mérito, inviável a apreciação de ofício da questão¹⁹⁵. De

Constituição Federal". (STJ, 1ª T., AgRg no Ag nº 862742/MG, trecho do voto da Rel. Min. Denise Arruda, DJU 17.12.07, p. 130). "A prescrição, mesmo sendo matéria de ordem pública, não prescinde do prequestionamento para ser analisada em sede de recurso especial. A alteração promovida pela Lei n.º 11.280/06, no art. 219, § 5.º, do Código de Processo Civil, a qual estabelece que 'o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição', não tem o condão de afastar a exigência do prequestionamento, na medida em que esse requisito de admissibilidade, próprio das vias extraordinárias, tem esteio constitucional". (STJ, 5ª T., AgRg nos EDcl no REsp nº 850991/RN, trecho do voto da Rel. Min. Laurita Vaz, DJU 05.02.07, p. 364). "Em sede de recurso especial, exige-se o prequestionamento da matéria suscitada, ainda que se trate de questão de ordem pública. Precedentes". (STJ, 6ª T., AgRg no REsp nº 423569/RJ, trecho do voto do Rel. Min. OG Fernandes, DJU 03.11.09). Disponíveis na internet via WWW.URL: <<http://www.stj.jus.br>>, acesso em 06 de agosto de 2010.

¹⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. 1, p. 736.

¹⁹⁴ Seguindo essa orientação: "As matérias de ordem pública, ainda que desprovidas de prequestionamento, podem ser analisadas excepcionalmente em sede de recurso especial, cujo conhecimento se deu por outros fundamentos, à luz do efeito translativo dos recursos. O efeito translativo é inaplicável, quando a matéria refere-se ao mérito da irrisignação e o recurso não é admitido. In casu, o recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, ora embargante, sequer ultrapassou o juízo de admissibilidade, fato que, evidentemente, obstaculiza a aplicação do efeito translativo, e, conseqüentemente, a análise da prescrição". (STJ, 1ª T., EDcl nos EDcl no REsp nº 645595/SC, trecho do voto da Rel. Min. Luiz Fux, DJU 22.09.08). Disponível na internet via WWW.URL: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=LUIZ+e+FUX+e+645595&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>.

¹⁹⁵ "Ruy Rosado de Aguiar Júnior faz minuciosa análise da jurisprudência do STJ para concluir que a posição nela dominante é a de que 'aberta a possibilidade de o Tribunal enfrentar o mérito da causa, deverá, antes disso, reconhecer a existência de questão de ordem pública, ainda que não prequestionada (dispensa de prequestionamento) e ainda que não provocada da parte (reconhecimento de ofício)' (Recurso Especial: questão de ordem pública. Prequestionamento. Revista de Processo, 132/285-286). O autor faz, porém, uma judiciosa distinção: 'o conhecimento que permite apreciação de questão de ordem pública é o conhecimento do recurso especial por fundamento que levará à apreciação do mérito da demanda. Se o conhecimento for de questão diferente do mérito, não caberia o reconhecimento da questão de ordem pública (...). Não me parece

qualquer forma, seguindo a orientação defendida nesse trabalho, deverá o tribunal analisar se o devedor não renunciou a prescrição anteriormente, expressa ou tacitamente, em razão da necessidade de respeito ao contraditório.

4.4. COMPATIBILIZAÇÃO DOS ARTIGOS 219, § 5º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E 191 DO CÓDIGO CIVIL.

Como exposto nos itens anteriores, com o objetivo de acelerar a resolução das demandas e evitar o desgaste desnecessário da máquina estatal, a Lei nº 11.280/06 atribuiu maiores poderes ao magistrado para que pudesse, de ofício, declarar a prescrição da pretensão do autor e extinguir o processo com resolução de mérito¹⁹⁶.

Para tanto, o artigo 194 do Código Civil, que somente permitia a pronúncia de ofício em favor do absolutamente incapaz, foi revogado, e o artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil, teve sua redação alterada para permitir ao magistrado conhecer da prescrição em qualquer hipótese.

Como os demais artigos do Código Civil que tratam da prescrição não foram alterados, criou-se uma aparente antinomia entre os artigos 191 da legislação civil e 219, § 5º, do Código de Processo Civil, pois enquanto o primeiro faculta ao devedor renunciar a prescrição consumada em seu favor, o segundo determina ao juiz que conheça da prescrição de ofício, até mesmo antes da citação do réu.

Contudo, concluímos que a reforma não teve o condão de transformar a prescrição em matéria de direito indisponível. Observe-se que a sistemática estatuída pelo direito material não foi alterada, uma vez que a prescrição continua a ter aplicação no âmbito dos direitos patrimoniais disponíveis das pessoas, bem como porque o direito do devedor renunciá-la, expressa ou tacitamente, seja por motivos meramente éticos, ou por desígnios jurídicos, permaneceu intacto, o que conserva uma das suas principais características que é a disponibilidade¹⁹⁷.

A alteração promovida pelo legislador atingiu tão somente o funcionamento em juízo da prescrição, que se mantém como exceção de direito material à disposição do devedor, para que o magistrado, verificando a prescrição da pretensão do autor, não tenha que aguardar

cabível julgar contra o interesse do único recorrente, fundado em questão de ordem pública, que não foi prequestionada, nem suscitada pela parte, para piorar a situação do recorrente' (op. cit., p. 286)". (THEODORO JÚNIOR, H. Obra citada, p. 736).

¹⁹⁶ Código de Processo Civil; Art. 269, IV: "Haverá resolução de mérito: IV - quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição".

¹⁹⁷ Vide *supra*, itens 3.3 e 3.4.

indefinidamente uma atitude do réu ou mesmo auxiliá-lo, informando-lhe o decurso do prazo prescricional (o que violaria o dever de imparcialidade).

Na própria justificativa de aprovação do Enunciado 295 da IV Jornada de Direito Civil, o qual concluiu pela subsistência do direito de renúncia da prescrição apesar da nova redação do artigo 219, § 5º, do CPC¹⁹⁸, consta o entendimento de que “*os contornos do instituto da prescrição civil permanecem substancialmente os mesmos, na medida em que a alteração promovida pela Lei 11.280/06 é pontual, alterando apenas o mecanismo de seu funcionamento em juízo*”¹⁹⁹.

Desta forma, constatando o julgador que a pretensão do autor resta fulminada pela prescrição, mister que, antes de declará-la e extinguir o processo com resolução de mérito, impedindo a renovação da ação com base nos mesmos fatos, faculte a manifestação das partes sobre a questão, para daí então proferir sua decisão²⁰⁰.

Essa medida permite que os direitos e interesses das partes não sejam violados, pois, uma vez intimado, pode o autor demonstrar a ocorrência de suspensão ou interrupção do prazo prescricional ou mesmo a renúncia extrajudicial do réu. Este, por sua vez, poderá alegar a prescrição, encerrando a lide, ou renunciá-la, seja para quitar o débito, seja para obter uma sentença de improcedência²⁰¹.

Portanto, para que a garantia do contraditório e da ampla defesa não sejam violados por uma decisão sumária do magistrado, ainda que possa ser a prescrição pronunciável de ofício, mostra-se obrigatória a prévia intimação das partes para que exerçam os direitos a elas garantidos pela ordem jurídica. Assim, terá o juiz uma maior gama de argumentos para fundamentar sua decisão, prevenindo-se de posteriores arguições de nulidades no processo por cerceamento de defesa.

¹⁹⁸ Vide *supra*, item 2.3.

¹⁹⁹ MAZZEI, R. Obra citada, p. 557.

²⁰⁰ Entendendo ser necessária a prévia intimação do devedor: MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, p. 224; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*, p. 357; MAZZEI, Rodrigo. *A prescrição e a sua pronúncia de ofício: Qual a extensão da revogação do art. 194 do Código Civil?*, p. 545-577.

²⁰¹ Sobre os interesses das partes, vide *supra* itens 4.2.1 e 4.2.2.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A partir do momento em que o direito subjetivo se torna exigível (implemento da condição, advento do termo, violação do direito), nasce para seu titular a faculdade de poder exigir o cumprimento da obrigação que incumbe ao sujeito passivo da relação jurídica, poder esse chamado de pretensão.

No intuito de garantir a segurança e estabilidade das relações jurídicas, fixa a lei um prazo para que o titular de um direito exigível exerça sua pretensão, evitando que a instabilidade social representada pela existência de um litígio pendente paire indefinidamente sobre a comunidade.

Não exigindo o credor, no prazo fixado em lei, o cumprimento da obrigação, surge para o devedor uma exceção de direito material, a qual, apesar de não negar a existência ou validade, nem excluir o direito, tem como efeito encobrir a eficácia da pretensão, fulminando a possibilidade de o credor exigir (judicialmente) seu crédito.

A essa exceção dá-se o nome de prescrição, tradicionalmente considerada uma exceção de direito material à disposição do devedor para se opor à pretensão do credor, a ser utilizada de acordo com a vontade do obrigado, que poderia, inclusive, abrir mão dessa defesa, renunciando-a por ato unilateral.

O desenho clássico do instituto traçado pelo direito brasileiro acabou sofrendo uma importante alteração no ano de 2006, com a edição da Lei nº 11.280 que, revogando o artigo 194, do Código Civil, e alterando o artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil, permitiu ao juiz conhecer de ofício a prescrição mesmo antes da citação do réu.

No atual regime, verificando o magistrado a ocorrência da prescrição da pretensão do autor, não precisará aguardar qualquer manifestação do réu para pronunciar a ocorrência dessa causa extintiva e extinguir o processo, inclusive com a resolução de mérito.

Não obstante as críticas da doutrina à referida reforma legislativa, que apesar de ocorrer no âmbito do direito processual teve importante reflexos na esfera do direito substancial, verifica-se que os contornos básicos da prescrição definidos pelo direito material mantiveram-se os mesmos, pois a disciplina sistemática prevista no Código Civil não foi alterada.

Em verdade, a reforma acabou provocando tão somente a alteração do mecanismo de funcionamento da prescrição em juízo, em decorrência da aspiração do legislador de acelerar a resolução dos processos em andamento, ambição que inclusive orientou as reformas legislativas dos últimos anos (até mesmo na elaboração do novo Código de Processo Civil, ainda em trâmite no Congresso Nacional).

A prescrição continua a ser matéria de direito disponível, com aplicação no âmbito dos direitos patrimoniais, posto que o direito de o devedor renunciar a essa exceção, expressa ou tacitamente, permanece íntegro. Vede que, portanto, a prescrição continua à disposição do devedor, o qual pode utilizá-la, ou não, para obstar a pretensão do credor no que tange ao direito de que é titular.

Desta forma, melhor do que propor a revogação da referida lei como proclama parte da doutrina, é encontrar uma forma de compatibilizar o dever de o julgador pronunciar a prescrição com o direito do devedor de renunciá-la, evitando-se, assim, o esvaziamento do conteúdo do artigo 191 do Código Civil ou mesmo da própria Lei nº 11.280/06.

Propusemos, desta forma, que o magistrado, caso constate a prescrição da pretensão do autor, faculte a manifestação das partes sobre a questão, para somente depois – se for o caso – pronunciar a prescrição e encerrar o processo com julgamento de mérito.

Tal incidente permitirá às partes exercerem seus direitos e se defenderem: o devedor poderá pugnar pelo reconhecimento dessa causa extintiva da pretensão do autor; poderá ainda renunciar a prescrição, efetuando o pagamento do débito (o que se deve admitir ser muito raro); ou mesmo pleitear pela continuação do processo para ao final obter uma sentença que reconheça a inexistência, a invalidade ou a extinção da obrigação pelo anterior pagamento. Já o autor poderá demonstrar a ocorrência de causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional ou a renúncia da prescrição realizada extrajudicialmente pelo devedor.

Essa prévia intimação das partes (ou até mesmo citação, caso a relação processual ainda não esteja completa), mostra-se adequada para que as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa sejam asseguradas aos litigantes, bem como para que o magistrado, após ouvir as manifestações do autor e do réu, possa proferir uma decisão apta a realmente por fim ao litígio, sem violar qualquer direito ou garantia.

Buscamos no presente trabalho investigar o impacto das inovações promovidas pela Lei nº 11.280/06 no regime jurídico da prescrição consagrado pelo direito positivo, sem, no entanto, ter qualquer pretensão de esgotar a matéria, dada a complexidade do tema e os limites desse estudo.

Esperamos ter contribuído para a exposição da aparente antinomia entre os dispositivos do Código Civil e do Código de Processo Civil, bem como para a resolução do conflito, que, certamente, exigirá do julgador uma maior reflexão quando da análise de cada caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. Livros e artigos:

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 744, ano 86, p. 725-750, out. 1997.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Theoria Geral do Direito Civil*. 5. ed. rev. e atual. por Achilles Beviláqua. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, 1951.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

CASSETARI, Christiano. As novas regras de prescrição após a Lei 11.280/2006 – uma análise das dicotomias existentes em decorrência da revogação do artigo 194 do Código Civil. In: *Questões controvertidas: Parte Geral do Código Civil*. Série grandes temas de Direito Privado, v. 6. Org. Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves. São Paulo: Método, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. rev., atual., v. 1. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GOMES, Orlando. *Direito Reais*. 19. ed. rev., atual. e aum. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Introdução ao Direito Civil*. 18. ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MAZZEI, Rodrigo. A prescrição e a sua pronúncia de ofício: Qual a extensão da revogação do art. 194 do Código Civil?. In: *Questões controvertidas: Parte Geral do Código Civil*. Série grandes temas de Direito Privado, v. 6. Org. Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves. São Paulo: Método, 2007.

NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Código de Processo Civil Comentado*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. 23. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. t. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972.

_____. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed., 2 v. Rio de Janeiro: Borsoi Editor, 1970.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Parte Geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil: Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos*. 7. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria, v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil*. 5. ed., v. 1. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

_____. *Comentários ao Código Civil*. v. III, t. II. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 48. ed., v. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

_____. *Direito Civil: Parte Geral*. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

WAMBIER, Luis Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; Talamini, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 8. ed, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

2. Documentos eletrônicos:

BRASIL. Câmara dos Deputados. Paracer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, sobre o Projeto de Lei n. 4.726, de 2004, que altera os arts. 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos; e revoga o art. 194 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. Relator: Deputado Maurício Rands. Brasília, DF, 19 mai. 2005. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=286415>. Acesso em: 20 jul. 2010.

BRASIL. Lei 11.280, de 16 de fevereiro de 2006. *Altera os arts. 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos; e revoga o art. 194 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.* **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 17 fev. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111280.htm> Acesso em: 20 jul. 2010.

BRASIL. Ministério da Justiça. Exposição de Motivos n. 184 do Projeto de Lei n. 4.764 de 2004. *Altera os arts. 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos; e revoga o art. 194 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.* Autor: Ministro Márcio Thomas Bastos. Brasília, DF, 19 dez. 2004. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=274431>. Acesso em: 20 jul. 2010.

BRASIL. Senado Federal. Paracer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei da Câmara n. 116, de 2005, que altera os arts. 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos; e revoga o art. 194 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. Relator: Senador Aloizio Mercadante. Brasília, DF, 25 jan. 2006. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=75816> Acesso em: 20 jul. 2010.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Prescrição – Invocação a qualquer tempo – Art. 193 do Código Civil e a preclusão processual*. [online] Disponível na Internet via WWW.URL: <<http://www.fafibe.br/revistafafibeonline/?pagina=sumario&edicao=9&autor=Luiz+Manoel+Gomes+Junior>> Acesso em: 20 jul. 2010.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Normas bifrontes no Novo Código Civil: Prescrição e Decadência*. [online] Disponível na Internet via WWW.URL: <<http://www.justitia.com.br/artigos/259wwy.pdf>> Acesso em: 20 jul. 2010.

VALÉRIO, J. N. Nargas. *Decretação da prescrição de ofício – Óbices jurídicos, políticos, sociais, lógicos, culturais e éticos*. [online] Disponível na Internet via WWW.URL: <http://www.tst.gov.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/revistadotst/Rev_72/Rev72_2/tst_72-2_dout_11.pdf> Acesso em: 20 jul. 2010.